LAW LAW LAW

法学论丛

经济法系列

国家社科基金资助项目

行政垄断的法律控制研究

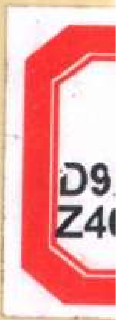
郑鹏程 著

北京大学出版社

LAW LAW LAW

法学论丛

经济法系列



ISBN 7-301-05920-5

9 787301 059203 >

责任编辑：邓丽华
封面设计：常燕生
ISBN 7-301-05920-5/D·0663
定价：17.00 元

法学论丛

LAW 经济法系列

国家社科基金资助项目

行政垄断的法律控制研究

郑鹏程 著

北京大学出版社

序　言

行政垄断是我国现代化建设过程中一个亟待解决，而迄今尚未很好解决的经济问题。早在上世纪八十年代，就有学者开始研究行政垄断。十多年来，学术界对此问题的研究未曾间断，并取得了一些研究成果。但全面、深入研究行政垄断的，还是少见。

《行政垄断的法律控制研究》一书，在既有研究成果的基础上，运用跨学科研究方法、语义分析法、比较分析法、博弈分析法、实证分析法对"行政垄断是什么"、"行政垄断怎么样"、"怎样控制行政垄断"等三个大问题进行了较全面、细致的探讨，指出：行政垄断是行政主体利用行政权力实施的限制竞争、破坏社会主义市场经济秩序的行为，是一种兼具经济违法与行政违法双重违法属性的集体违法行为；行政垄断阻碍了全国开放、统一市场的形成，侵害了经营者的经济自由和消费者权益，阻碍了规模经济的生成；法律是控制行政垄断的主要手段，要有效控制行政垄断，必须建立一个以协商合作制为核心的法律控制体系。

本书的理论意义与实践意义是较明显的。理论上，它可进一步丰富和完善反垄断法的一般理论。既往的反垄断法理论局限于对反经济垄断制度的抽象与概括，与反行政垄断较少联系。本书不仅探讨了行政垄断的概念、构成、分类、成因、本质与特征等基本理论问题，而且对俄罗斯等转型期国家、美国、欧共体等反行政垄断的法律制度进行了考察。这种探讨与考察可弥补现行反垄断法理论对反行政垄断法律制度关怀之不足；实践上，本书就如何制定、完善行政垄断法律控制体系中的主要法律制度，如反垄断法、财税法、行政程序法、诉讼法、宪法等提出了建议，这些建议对立法机关与执法机关落实党和国家"关于打破部门、行业垄断和地区封锁"的大政方针具有一定的参考价值。

当然，反行政垄断是一个十分复杂的理论与实践问题，涉及的学

科领域非常广泛。要对这一问题进行全面、深刻的论述,并不是一件十分容易的事情。因此,本书不可避免地存在一些不足之处。譬如,关于体制改革与法律变革的关系,论述得还不充分;俄罗斯等转型期国家、美国、欧共体等反行政垄断的资料,及我国通过协商合作方式解决行政垄断问题的资料也略显不足。对于这些问题,希望作者作进一步的思考和完善。

郑鹏程博士在校学习期间,学习较为刻苦、认真,治学态度也很严谨。作为作者的博士生导师,我希望他能继续发扬扎实刻苦的钻研精神,百尺竿头,更进一步,不断有新的研究成果出现。

种明钊

2002年10月于重庆

内容摘要

本书在既往研究成果的基础上，运用跨学科研究法、语义分析法、比较分析法、博弈分析法、实证分析法等研究方法，对如何控制行政垄断问题作了较全面、较深入、较细致的研究。

本书的基本命题是：行政垄断是一种非法垄断，对这种非法垄断必须通过法律手段予以控制，为此，必须建立一个以协商合作制为核心的法律控制体系。作者对这一命题的论述是按本体论、价值论、控制论的结构展开的。

“本体论”旨在对“行政垄断是什么”这一问题进行考察与分析，这种考察与分析分四章进行。第一章对“行政垄断”概念产生的具体历史语境，“行政”、“垄断”等语词的语义进行了考察。在对学界关于“行政垄断”定义的一些主要分歧进行归纳并逐一予以分析说明的基础上，作者对“行政垄断”进行了如下界定：行政垄断是行政主体利用行政权力实施的限制竞争、破坏社会主义市场经济秩序的行为。为了廓清学界对行政垄断与其他相关概念如国家垄断、行业垄断间关系的一些模糊认识，作者对行政垄断与国家垄断、经济垄断、行业垄断、自然垄断、官商垄断等概念的联系与区别作了比较细致的辨识。然后，按垄断的主体要件、垄断的主观要件、垄断的客体要件与垄断的客观要件这一分析范式对行政垄断的构成进行了分析。

对行政垄断进行分类，可以明确“行政垄断”这一概念的外延。学界一般将行政垄断划分为地区封锁、部门垄断、强制购买、强制联合限制竞争四类。作者在第二章吸收了这一研究成果，同时又根据行政法学关于行政行为分类的理论将行政垄断划分为具体行政垄断与抽象行政垄断、作为的行政垄断与不作为的行政垄断。这种新的行政垄断分类，对于反行政垄断法律制度的构建，对于加大司法机关审查行政垄断的力度具有启发意义。

行政垄断的形成与有许多因素有关，对此必须分清主次。第三章

从三个层面对行政垄断的主要成因进行了分析:第一个层面的原因是行政性分利集团的产生,这是行政垄断产生的前提;第二个层面的原因是利益分配制度不合理,这是行政垄断形成的根源;第三个层面的原因是缺乏有效的控制行政垄断的法律制度,这是行政垄断扩散的关键。

透过现象看本质,是我们正确认识事物的基本路径。然而,学界对行政垄断的本质却很少关注。本篇第四章着眼于行政垄断的违法性,对其本质属性进行了考察,指出行政垄断是一种兼具经济违法与行政违法双重违法属性的集体违法行为。行政垄断这一本质属性的揭示,要求我们在构建反行政垄断法律制度时,既要重视经济法律制度的建设,也要重视行政法律制度的建设,应重视经济法与行政法在反行政垄断中的协调与互补,不能顾此失彼。

“价值论”分三章对“行政垄断怎么样”这一问题作了回答。第五章从竞争的角度对行政垄断进行了价值评判,指出行政垄断在微观层面上造成了特定市场上不公平竞争与垄断局面的出现,在宏观层面上阻碍了全国开放市场、统一市场的形成。第六章就行政垄断对经济自由的分割进行了剖析,指出行政垄断不仅损害了经营者最基本的自由权利,而且也侵犯了消费者的基本人权。第七章就行政垄断如何减损经济效率进行了分析。在该章中,作者运用西方经济学的公共选择理论主要是“寻租”理论、我国相关部门的一些统计数据及具体实例,证明行政垄断不仅直接减损社会经济福利,而且阻碍了对提升一国产业国际竞争力具有重要影响的规模经济的生成。

“控制论”是全书的重点,主要解决“对行政垄断怎么办”的问题。主要内容包括控制行政垄断的路径选择,反行政垄断立法、执法的现状与缺陷,行政垄断法律控制制度之构建。

控制行政垄断的路径选择是第八章关注的焦点。当前关于如何控制行政垄断主要有三种观点:体制改革观;综合治理观;反垄断法规制观。作者首先对这几种行政垄断控制观的内容进行了介绍与评论,然后从法律与体制改革的关系,法律与道德在行政垄断控制中的地位和作用,中国实行市场经济体制、实行依法治国方略、加入WTO的具体历史背景,俄罗斯、乌克兰等转型期国家、欧盟、美国等

发达资本主义国家反行政垄断的经验等方面论证了本书提出的第一个重要观点:法律是控制行政垄断的主要手段。

第九章对反行政垄断立法与执法现状进行了分析,指出从立法层面来看,反行政垄断的法律不是没有,而是有很多,但因立法者对行政垄断的双重违法属性把握不准,因此“法律真空”与“重复建设”的弊端在反行政垄断立法中同时存在。从执法层面看,存在着该管的不管,不该管的多管“闲事”的情况,由此使得反行政垄断的执法绩效不佳。

第十章首先从理论层面主要是根据宪法学上的控权论、行政法学上的控权论、经济法学上的干预政府论对行政垄断法律控制制度的应然体系进行了探讨,然后以昂格尔关于实现法治所必需的两个条件作为分析范式,指出当前中国并不具备建立行政垄断法律控制应然体系之现实条件,要有效地对行政垄断进行控制,必须进行制度创新。接下来以我国经济学者运用博弈理论对地区封锁中的“囚徒困境”的分析为楔入点,提出并论证了本书的第二个重要观点:协商合作制——反行政垄断法律控制体系之核心制度,并运用政治学中的法团主义、法理学中的“回应型法”理论,结合中国“集体本位”的本土法资源与近年来反行政垄断的经验对该观点进行了论证。最后,就如何完善行政垄断法律控制体系中的主要法律制度如反垄断法、财税法、行政程序法、诉讼法、宪法等进行了探讨。

Synopsis

The gist of the article is that administrative monopoly is an illegal monopoly that should by controlled by law and system of consult and corporation is the best effective system to control administrative monopoly. The dissertation is developed according to such structure as "what administrative monopoly is", "how administrative monopoly is" and "how we deal with administrative monopoly".

Chapter Ⅰ to chapter Ⅳ is about what administrative monopoly is. Chapter Ⅰ analyses the composition of administrative monopoly and the relations between administrative monopoly and state monopoly, between administrative monopoly and economic monopoly, between administrative monopoly and industries monopoly, between administrative monopoly and natural monopoly, and between administrative monopoly and government-business monopoly after defining the meaning of administrative monopoly. Chapter Ⅱ to chapter Ⅳ is about the types of administrative monopoly, the main causes of administrative monopoly and the essence of administrative monopoly. In this part, the writer puts forward the following views of points which play a fundamental role in the article: administrative monopoly is a kind of behavior of abusing executive power done by bodies of executive power, which is harmful to competition and socialist market economic order; administrative monopoly is different from state monopoly, economic monopoly, industries monopoly, natural monopoly and government-business monopoly; the irrational legal system of interest distribution and the shortage of the legal system

to control effectively administrative monopoly are the main causes that administrative monopoly appears and develops rapidly; the essence of administrative monopoly is a kind of illegal behavior which violates both administrative law and economic law.

Chapter V to chapter VII is about how administrative monopoly is. According to such values recognized and pursued by the public as competition, efficiency and liberty, the writer in this part attempts to clarify some wrong ideas owned by some people especially those working in government by disclosing the damages that administrative monopoly is doing to national economy and social life. Chapter V points out that administrative monopoly makes the competition in a special market unfair and prevents the formation of united market all over the country. Chapter VI proves that administrative monopoly not only deduces directly the social welfare, but also impedes the growth of the scale economy which is of great importance to enhancing international competitive abilities of our country's industries by the theory of public choice and statistical data. Chapter VII points out administrative monopoly is destroying the fundamental liberty of market subject such as freedoms of operation and freedoms of consumption.

Chapter VIII to chapter X is about how we deal with administrative monopoly. In this part, the writer puts forward two important views of points. The first is that law is one of the most important means of controlling administrative monopoly. This point of view is drawn from the following facts: (1) law is an important component of political system or economic system, and to great extent, the changes of political system of economic system are changes of law; (2) compared with morals, law functions more importantly in controlling administrative monopoly; (3) it is demanded to control administrative monopoly by law by the facts that a socialist market economy system is to be established, a legal

state is to be constructed and China enters WTO; (4) there are some experiences of anti-administrative monopoly by law in such countries and regions as Russia, Ukraine, EU and America. The second is that a system of consult and corporation is the best fundamental system to control administrative monopoly, which is inferred from the Game Theory, Corporatism in politics, Nonet and Selznick's theory of responsive law. At the end of this part, the writer gives some advice on how to draw up or perfect antitrust law, administrative procedural law, tax law, suit law and constitutional law to control effectively administrative monopoly.

目　录

第二篇 价 值 论

第三篇　控　制　论

导　言

在中央政府致力于推进以市场化为目标取向的经济体制改革，致力于促进社会整体利益最大化的过程中，有一股来自政府内部的阻力在不断妨碍中央政府改革目标的实现。其外在表现形式就是地方政府、政府所属部门等依凭行政权力封锁市场，限制、排除、妨碍市场竞争，学术界称之为“行政垄断”。

行政垄断肇始于改革开放初期，时间的推移及体制改革的深入非但没有使之销声匿迹，反呈愈演愈烈之势。当下，不但行政垄断的范围从产品市场扩展到了资本市场、劳动力市场等要素市场，而且行政垄断的手段和方式也更趋隐蔽。管中窥豹，略见一斑。以下几个实例可使读者大致了解当下我国行政垄断的情况。

实例一：2000 年，黑龙江省龙江县政府以整顿啤酒市场秩序为由，依据齐齐哈尔市人大颁布的《酒类管理条例》及齐齐哈尔市政府办公厅 4 月 17 日签发的(2000)33 号文件《齐齐哈尔市人民政府办公厅关于整顿酒类市场的通知》，成立了由酒类专卖局牵头的龙江县啤酒市场稽查队。龙江县境内四十余家啤酒批发业主所持有的《酒类批发许可证》，在“经营品种”一栏中，清一色就 4 个字——“龙江啤酒”。在龙江县，经营本地啤酒的业主办理《酒类批发许可证》只需两天时间，而经销外地啤酒的业主，从 1999 年 12 月就开始申请办理，但申请书交到酒类专卖局就如泥牛入海，没了消息。即使有了《酒类批发许可证》也不行，在龙江县经营外地啤酒还需要《准销证》、《送酒员证》，并加贴县酒类专卖局印制的“准调标志”。龙江县酒类专卖局以无“准调标志”、《准销证》、《送酒员证》和《酒类批发许可证》为由，多次封锁、扣押、没收外地啤酒，给业主和生产厂家造成严重的损失。[①]

---

① 张惠萍：《一份文件封锁啤酒市场》，《中国工商报》2000 年 6 月 13 日。

实例二：1998年6月，上海市出台了对桑塔纳轿车的地方保护政策，主要内容有以下四点：(1) 凡更新公务车买桑塔纳免收控办费1万元，买其他车仍收1万元控办费；(2) 出租车型限制：必须选用发动机排气量在1.6—2.0升的三厢轿车(暗指桑塔纳)；(3) 私营企业牌照费2000元，只准买桑塔纳；(4) 私用车限制：桑塔纳的私人牌照只需要2万元，外地车上牌底价8万元。尽管根据政策规定，外地车多交1万元就可作公务、商务用车，但在操作过程的审批环节中，外地车会受到诸多刁难，基本不能通过此关。

1999年10月，湖北省出台了回敬上海的报复性政策：凡在湖北购买桑塔纳轿车，一律加收7万元"特困企业解困基金"。一则《市府出台政策特保"富康"》的消息称："全市凡财政拨款单位新增或更新轿车，应由政府集中采购，并按用车标准选用富康轿车。……市交管部门对其他车型将不予上牌照"。湖北省汽车行业管理办公室主任表态："搞地方保护和贸易壁垒，不是我们的本意。我们的做法是为了对上海市的地方保护进行回击，同时引起全国对此事的关注。收7万元不是为了不让桑塔纳在湖北卖，而是为了让富康能在上海卖。上海方面如能就此事与我们协商，我们愿意与上海同时废除有关限制。"①

实例三："阳光公司"是1999年9月在河北省张家口市成立的一家经营送书、报刊服务、书报刊零售业务的报业服务有限公司。由于该公司董事长郭东生经营有方，一年半后，公司业务发展到一万多订户。因为阳光公司公然在邮局饭碗里夺食，张家口市邮政局于1999年12月13日在《张家口日报》刊登声明："依照《中华人民共和国邮政法》及其实施细则、《河北省邮电通信管理条例》有关规定，除邮政企业外的任何单位和个人不得经营邮发报刊征订、发行业务。"三天后，张家口市邮政局行业管理和法律事务管理科，以市政府邮政通信行业管理办公室的名义到"阳光报业"执法，声称报刊征订发行是邮局专营业务，因执法人员拿不出报刊征订属邮局专营业务的法律依据，故执法活动无功而返。2000年9月25日，河北省政府以政府令

① 张可云：《区域大战与区域经济关系》，北京：民主与建设出版社2001年版，第53—54页。

形式发布实施《河北省邮政管理规定》，规定邮发报刊的征订发行由邮政企业专营。11月21日，张家口市邮政通信行业管理办公室向阳光公司发出限期改正通知书，责令其于11月23日前停止征订邮发报刊，对已征订的邮发报刊做退订处理。[①]

实例四：四平卷烟厂是吉林省四平市的利税大户，它上缴的税收占全市税收的1/3，是四平市重点企业。为了扶持四平卷烟厂，四平市专门召开各县区负责人会议，在会上下达了销售四平烟厂出产的"吉"牌香烟的指导任务，这些任务由市分配到县、由县分配到镇，再由镇分配到村，最后摊派到了四平市干部群众自己身上。摊派到人头上的香烟，不管你愿不愿买，不管你抽不抽烟，烟钱直接从工资里扣。在梨树县孟家岭镇中心学校，教师工资从8月份起连续几个月没发过，没法再扣工资，只好从教师的奖金、福利里扣除，老师们盼了一年的奖金、福利也成了泡影。梨树县团结乡许多单位也是好几个月没发工资，但是再困难，烟得要，钱得扣，几条香烟顶掉了未来三个月的工资。拿工资的职工要买烟，不拿工资的农民也不例外，吃财政饭的人们的烟钱直接从工资里扣了，对没有工资的农民，就得让他们掏钱来买烟了。为了动员农民买烟，各县、乡、村在宣传上下大功夫，像"抽吉烟，爱四平"，"吸四平吉烟，振兴四平经济"这样的标语刷遍了各乡各村。[②]

实例五：进入20世纪90年代中期以后，广东、山东等地家电企业异军突起，曾经辉煌一时的杭州家电业在激烈的竞争中开始显出疲态。没有一家家电企业打入全国家电行业产品第一阵营，没有一家企业的股票获准上市。为了与广东、山东等地家电企业竞争，1997年8月，在杭州市政府的全力指导扶持下，浙江四大名牌家电企业"金鱼"（洗衣机）、"东宝"（空调）、"华美"（冷柜）、"乘风"（电扇）强强联合，组成新的"杭州家电集团有限公司"，两个月后，正式改名为"杭州金松电器集团公司"。集团下属四家企业原有的品牌统一换成新的品

① 马克：《阳光公司闯了红灯？》，载《南方周末》，2001年3月22日，第10版。

② 中央电视台《焦点访谈》：《吉烟现象》，1999年11月10日。http://www.cctv.com/news/focus/focus.html.

牌"金松"。事过三年,该集团的四个主要企业,两个已处于停产半停产状态。东宝在新的班子领导下,正艰难复苏。金鱼情况相对好一些,但当年产量和小天鹅并驾齐驱的它,现在只及其几分之一。当时如果不是杭州市政府和二轻局的全力推动和支持,很难想象这四家根本无任何业务联系的家电企业会在短时间内走到联合这一步。[①]

由于行政垄断具有巨大的社会危害性,所以反行政垄断成为党中央、国务院及理论界的共同呼声。20 世纪 80 年代初,国务院就颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,明确规定任何地区和部门不得封锁市场。进入 90 年代后,党中央、国务院反行政垄断的决心进一步坚定:江泽民同志在党的"十四大"报告和"十五大"报告中都明确指出:要坚决打破条条块块的分割、封锁和垄断,促进和保护公平竞争。新世纪开始后,反行政垄断继续成为党和国家的重要任务。2001 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第四次会议批准的《中华人民共和国第十个五年计划纲要》明确提出要"破除地方封锁,反对地方保护主义,废除阻碍统一市场形成的各种规定"。

与党中央、国务院的大政方针保持一致,学术界就如何控制行政垄断问题也进行了较长时间的研究与探索,并得出了一些研究结论:如行政垄断从根本上说不是法律问题,而是体制问题,只有通过深化体制改革才能解决;行政垄断不是立一个、两个法律可以解决的,它需要通过政治、经济、法律三方面的综合治理;应该加快反垄断法的制定,对行政垄断进行规制等等。这些研究成果各有其价值,但总体考察,学界关于此论题的研究尚有不足之处:第一,研究内容不够深入。譬如关于行政垄断的本质这样的深层次问题,鲜有学者探讨;又如怎样运用政治、经济、法律手段治理行政垄断,学界没有进一步追问。第二,研究路径单一。研究思路局限于如何用反垄断法规制行政垄断这一层面,且往往是根据国外的反垄断法理论与经验来设计中国的反行政垄断法律制度,较少从其他学科的角度考察行政垄断法律控制制度的构建,对本土法资源缺乏必要的关怀。第三,提出的对

---

① 《强强联手为何失手,杭州四大家电企业合组三年未成势》,《中国经营报》,2000 年 8 月 1 日,第 1 版。

策可操作性不强，这是最主要的缺陷。

本书在既有研究成果的基础上，对如何控制行政垄断这一问题作了较系统、较深入细致的研究，并提出了如下命题：行政垄断是一种非法垄断，法律是控制行政垄断的主要手段，要有效控制行政垄断，必须建立一个以协商合作制为核心的法律控制体系。对该命题的论述，本书是按本体论、价值论、控制论这种结构展开的。

其中"本体论"回答行政垄断是什么的问题。该部分首先对"行政垄断"的含义进行了界定，在此基础上依次对行政垄断与"国家垄断"、"经济垄断"、"行业垄断"、"自然垄断"、"官商垄断"等概念的关系，行政垄断的构成，行政垄断的分类，行政垄断的主要成因，行政垄断的本质与特征等问题进行较深入的研究，并形成了如下一些对全文的论述起前提或基础性作用的观点：(1) 行政垄断是行政主体利用行政权力实施的损害市场竞争，破坏社会主义市场经济秩序的行为；(2) 行政垄断与"国家垄断"、"经济垄断"、"行业垄断"是不同的垄断形态，在逻辑上是一种并列关系，而行政垄断与"自然垄断"、"官商垄断"却是一种交叉关系；(3) 利益分配制度不合理与控制行政垄断的有效法律制度的缺失是行政垄断产生与扩散的主要原因；(4) 行政垄断是一种兼具行政违法与经济违法双重违法属性的竞合违法行为。

"价值论"解决行政垄断怎么样的问题，主要从法哲学高度，按照当今社会所公认并一致追求的价值目标如公平竞争、社会整体经济效率、经济自由等，对行政垄断给我国国民经济与社会生活造成的危害予以揭示，旨在澄清当今在部分人尤其是行政机关及其工作人员中间仍然存在的关于行政垄断有理、有益的错误认识。

"控制论"解决怎样控制行政垄断的问题。主要内容包括：法律在控制行政垄断中的地位与作用；对现行有关行政垄断法律控制制度的评价；俄罗斯、乌克兰等体制转型国家、欧共体、美国等用法律手段控制行政垄断的经验借鉴；构设行政垄断法律控制制度之理论依据与现实基础；行政垄断法律控制体系由应然体系向实然体系转变之现实困境与制度创新；行政垄断法律控制体系重要法律制度包括反垄断制度、听证制度、财税法律制度、诉讼法律制度、违宪审查制度的

构建等。在本部分,作者提出并论证了全书的核心观点:法律是控制行政垄断的主要手段,以协商合作制为核心,以反垄断法的制定为契机,分步构建、整体推进是构建行政垄断法律控制体系时应遵循的基本思路。

由研究对象的特殊性所决定,本书运用了多种研究方法,其中最主要的研究方法是跨学科研究方法。垄断习惯上是经济法学研究的范畴,行政垄断亦不例外。但作者认为,行政垄断控制与行政法有比较密切的联系,因此,尽管论题是站在经济法学的视角提出来的,但在论证过程中,运用了一些行政法的理论知识,同时,也借鉴和运用了宪法学、刑法学、政治学、经济学的部分研究成果。本书所采取的研究方法其次是“适合性与移植性相结合”的方法,具体表现就是在构建行政垄断法律控制体系时,既参照了国外的立法经验,也对本土法资源给予了充分的关怀。除此之外,语义分析法、比较分析法、博弈分析法、实证分析法等在本书中亦有运用。

第一篇 本体论

本篇的核心任务，是回答“行政垄断是什么”这一问题。

行政垄断是什么，大多数研究行政垄断的学者都曾作过相关界定。这种界定既是作者对研究行政垄断时空维度的确定，也体现着作者研究行政垄断的目的，包含着作者对行政垄断的情感，因而，对“行政垄断是什么”这类问题，学者们难以达成共识。

为了建立一个良好的研究基础，也为了能使学界同仁就此问题的研讨有一个基本一致的对话平台，本篇对“行政垄断是什么”这一问题进行了较全面、较深入的考察与分析。这种考察与分析从概念、分类、成因与本质四个层面进行。

“概念乃是解决法律问题所必须的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”[①] 基于此，本篇首先对“行政垄断”概念产生的具体历史语境，“行政”、“垄断”等语词的语义进行了考察。在对学界关于“行政垄断”定义的一些主要分歧进行归纳并逐一予以分析说明的基础上，作者对“行政垄断”进行了如下界定：行政垄断是行政主体利用行政权力实施的限制竞争、破坏社会主义市场经济秩序的行为。为了廓清学界对行政垄断与其他相关概念如国家垄断、行业垄断间关系的一些模糊认识，作者

① 〔美〕博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社 1999 年版，第 486 页。

对行政垄断与国家垄断、经济垄断、行业垄断、自然垄断、官商垄断等概念的联系与区别作了比较细致的辨识。然后，按垄断的主体要件、垄断的主观要件、垄断的客体要件与垄断的客观要件这一分析范式对行政垄断的构成进行了分析。

对行政垄断进行分类，可以明确“行政垄断”这一概念的外延。学界一般将行政垄断划分为地区封锁、部门垄断、强制购买、强制联合限制竞争四类。作者吸收了这一研究成果，同时又根据行政法学关于行政行为分类的理论将行政垄断划分为具体行政垄断与抽象行政垄断、作为的行政垄断与不作为的行政垄断。这种新的行政垄断分类对于反行政垄断法律制度的构建，对于加大司法机关审查行政垄断的力度具有启发意义。

行政垄断的形成与有许多因素有关，对此必须分清主次。本篇第三章从三个层面对行政垄断的主要成因进行了分析：第一个层面的原因是行政性分利集团的产生，这是行政垄断产生的前提；第二个层面的原因是利益分配制度不合理，这是行政垄断形成的根源；第三个层面的原因是缺乏有效的控制行政垄断的法律制度，这是行政垄断扩散的关键。

透过现象看本质，是我们正确认识事物的基本路径。然而，学界对行政垄断的本质却很少关注。作者着眼于行政垄断的违法性，对其本质属性进行了考察，指出行政垄断是一种兼具经济违法与行政违法双重违法属性的集体违法行为。行政垄断这一本质属性的揭示，要求我们在构建反行政垄断法律制度时，既要重视经济法律制度的建设，也要重视行政法律制度的建设，应重视经济法与行政法在反垄断中的协调与互补，不能顾此失彼。

第一章　行政垄断的概念与构成

第一节　行政垄断概念

一、行政垄断概念之缘起

古代中国与外国有没有“行政垄断”这一概念，无从考证。“行政垄断”概念的缘起与中国当下正在进行的市场取向改革密切相关。在那种政府无所不包的岁月里，无论是政府官员、黎民百姓，还是专事理论研究工作的专家学者，都不知道行政垄断为何物，也没有使用过“行政垄断”概念。因为“垄断”是与“竞争”相对的范畴，而处于那个时代的人们根本就没有竞争的观念。没有竞争观念，自然也就没有垄断观念。

当历史的车轮前进到20世纪70年代末期这一时点，中国的经济增长已渐趋停滞，国家财力日显拮据，中央政府无法应对人口增长带来的巨大的就业压力及日益增长的对社会福利的要求[①]。特别是在曾为中国革命做过巨大贡献的农村，农民正面临饥荒的威胁，对国家的合法性支持显著下降。在此境况下，中央政府不得不进行制度创新。为了调动地方政府、企业和劳动者的主动性、积极性与创造性，促进社会生产力的发展，满足人民群众的物质生活需要，中央政府着手对当时那种不适应生产力发展要求的经济体制尤其是财政管理体制进行了改革。为解决固定比例留成体制收支不挂钩(1974)，不能体现地方财政权责关系的问题，1976年，中央政府实行了“收支挂钩，总额分成，一年一变”的财政管理体制，1978年还在部分省市试行了“增收分成”办法。1980年，中央政府在经济体制改革中又进一步下

---

① 1979年财政收支出现了170.67亿元的巨额赤字，占当年支出的13.4%。资料来源：《中国统计年鉴(1950—1985)》。

放财权，并按照经济管理体制规定的隶属关系，明确划分中央财政和地方财政的收支范围，实行“划分收支，分级包干，五年不变”的财政管理体制，即所谓的“分灶吃饭”体制。

财政包干制扩大了地方政府财权，调动了地方政府理财的积极性，在很大程度上促进了地方经济的发展。但由此引发的问题也委实不少：除导致对当今国家产业结构调整仍有重大负面影响的重复建设外，另一个严重的负面影响，就是产生了大量经济学学者与法学学者所称的“行政垄断”。为了增加当地财政收入，各地方政府采取了许多封锁市场的措施，如规定商业部门收购本地产品在其收购总量中必须达到某个比重；采用行政性定价办法提高外地商品价格，通过价格补贴降低本地产品价格；对从外地购入限制产品的企业，银行停贷，交通停运，物价部门不予核价，加征物价调节基金；争夺和封锁农产品与工业原材料等等。

针对部分地方政府和部门分割市场的行为，国务院于 1980 年 10 月 17 日发布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》(以下简称《竞争十条》)，规定“企业根据国家政策法令所拥有的产、供、销、人、财、物等方面的权力，任何地区和部门不得任意干预……除国家计划分配的物资以外，企业可以根据择优的原则，在国家政策法令许可的范围内，到外地外单位购买所需要的物资，有关地区和主管部门不得进行阻挠。属于国家计划分配的物资，也要逐步做到使企业有选择供货单位的余地。对一切侵犯企业自主权的做法，企业有权抵制和上诉。”“在经济活动中，除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品以外，其余的不得进行垄断、搞独家经营。”“开展竞争必须打破地区封锁和部门分割。任何地区和部门都不准封锁市场，不得禁止外地商品在本地区、本部门销售。对本地区出产的原材料必须保证按国家计划调出，不准进行封锁。工业、交通、财贸等有关部门对现行规章制度中妨碍竞争的部分，必须进行修改，以利于开展竞争。采取行政手段保护落后，抑制先进，妨碍商品正常流通的做法，是不合法的，应当予以废止。”这是我国最早的对地区封锁和部门分割等妨碍竞争的行为作出禁止性规定的法律文件，该法律文件所及之地区封锁与部门分割就是当今人所共知的典型的行政垄断。然而，该法律文件

并未使用"行政垄断"概念。在以后的国家立法及政府各部门颁布的相关条例、规章中,也一直没有出现"行政垄断"这一语词。

"行政垄断"这一概念首先出自学者的著述中。从作者掌握的现有资料来看,最早使用"行政垄断"概念的是经济学家胡汝银博士。1988 胡博士在其专著《竞争与垄断:社会主义微观经济分析》中使用了"行政垄断"一词。他说:"在传统的集权体制下,中央通常以无所不包的计划指令,既控制着宏观经济变量,又控制微观经济活动。特别是在微观层次上,国家对企业实行财政统收统支,产品统购统销,劳动力和物质技术统一分配等方法,直接统制企业的投入和产出,从而统制着整个社会的生产和流通,形成了一种绝对垄断的局面。这种垄断基本上是通过行政手段和具有严格等级制的行政组织来维持的,为了便于同一般的市场垄断相区别,我们把它称为行政垄断。"①

在法学研究领域,"行政垄断"最早出现在 1989 年魏剑发表于《中外法学》第 3 期上的《试论我国的反垄断立法》一文。该文多处使用了"行政垄断"与"行政性垄断"等语词,但对其含义,作者没有进一步明确。根据作者的基本思想推断,行政垄断应该是指"行政对市场和企业的垄断"。1990 年,王保树先生在《企业联合与制止垄断》一文中,首次从反垄断法的角度将我国经济生活中的垄断分为"经济性垄断"与"行政型垄断"两类,并对"行政型垄断"下了一个定义:所谓行政型垄断,是相对于经济性垄断而言的,指国家经济主管部门和地方政府滥用行政权,排除、限制或妨碍企业之间的合法竞争。② 同年,李中圣先生也专门撰写了《行政垄断的几个问题》一文,在文中李先生将行政垄断界定为"某些个别的经济行政机关及其公职人员以履行政府职能为形式,运用行政权力对社会资源、生产要素和市场运行的独占或者垄断,并凭借这种独占或者垄断谋求同政府的目标和职权

---

① 胡汝银:《竞争与垄断:社会主义微观经济分析》,上海:三联书店 1988 年版,第 48 页。

② 王保树:《企业联合与制止垄断》,载《法学研究》1990 年第 1 期。

的本意相悖的行为。"[①] 此后,不断有人使用行政垄断概念,只是提法有些许差别,如有的用"行政型垄断",有的用"行政性垄断"。现在,"行政垄断"不仅在各种传媒中经常出现,而且出现于法学、经济学教材或著作中[②],成为相关学者研究的重要学术课题。

二、对行政垄断的界定

关于行政垄断的定义,有人认为,目前学界"不存在争议"[③]。但无争议并不等于大家在此问题上已达成共识。事实上,学界对行政垄断的理解"仁者见仁,智者见智"。清华大学法学院院长王保树教授就曾列举过五种不同的行政垄断定义,并对它们进行了比较分析。[④] 这表明,学界关于行政垄断的定义是有差异的,只是相关学者对此没有予以特别关注。据作者概括,学界对行政垄断理解上的差异,大致有如下几个方面:

第一,提出"行政垄断"是否有根据。绝大部分人接受"行政垄断"这一概念,但也有人对"行政垄断"的提法提出了质疑。中国人民大学法学院史际春教授认为,无论是在逻辑还是从实践方面看,区分行政性垄断和经济性垄断都是没有根据的。[⑤] 其主要理由有三点:

---

① 李中圣:《行政垄断的几个问题》,载《政法论丛》1990 年第 2 期。转引自文海兴,王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵阳:贵州人民出版社 1995 年版,第 128 页。

② 法学教材或著作请参见张守文,于雷:《市场经济与新经济法》,北京:北京大学出版社 1993 年版;种明钊主编:《竞争法》,北京:法律出版社 1997 年版;杨紫煊主编:《经济法学》(全国高等学校法学专业核心课程教材),北京:北京大学出版社,高等教育出版社 1999 年版;李昌麒主编:《经济法学》(高等政法院校法学主干课程教材),北京:中国政法大学出版社 1999 年版;石少侠主编:《经济法概论》,北京:法律出版社 1999 年版;漆多俊:《经济法基础理论》(第三版),武汉:武汉大学出版社 2000 年版;金国坤:《依法行政的现实基础》,中国政法大学出版社 2001 年版,等等。经济学著作请参见胡汝银:《竞争与垄断:社会主义微观经济分析》,上海:三联书店 1988 年版;吴汉洪:《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》,北京:经济科学出版社 1998 年版;戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,北京:经济科学出版社 1999 年版;魏杰:《市场经济前沿问题——现代经济运行方式》,北京:中国发展出版社 2001 年版,等等。

③ 张淑芳:《行政垄断的成因分析及法律对策》,载《法学研究》1999 年第 4 期。

④ 王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

⑤ 史际春:《遵从竞争的客观要求——中国反垄断法概念和对象两个基本问题》,载《国际贸易》1998 年第 4 期。

（1）行政垄断与国家垄断很难截然分开，以"合法"或"非法"加以人为区分，极为牵强附会。"行政性"垄断不能排除国家的合法经济垄断。邮政、中央铁路、黄金专营、烟草专卖等，以及公用事业由政府特许在一定范围内的垄断经营，都需要以行政权来实施并加以保障，从而披上行政的外衣。这种行政权实施的合法或非法，不可能以法律形式事无巨细地事先予以明定。"行政性"垄断中既有不法垄断，也不乏合法行政性、经济的、国家的垄断。（2）那种认为"行政垄断"是中国特色，发达国家的反垄断法并无反行政垄断、国家垄断的任务的观点，并不符合当前反垄断法发展的实际情况。传统上发达国家的反垄断法只反私人垄断，不反国家垄断和国有企业的垄断。但随着西方国家对国有企业的股份制改造及经济的全球化，反垄断法也无例外地适用于国有企业和政府部门，凡有违市场内在客观要求的反竞争或限制竞争的行为，无论行为主体如何，都应纳入反垄断法和竞争法规制的范围，区分"行政"和"经济"的垄断，"国家"和非公权主体的垄断等，已无实际意义。随着经济活动越来越跨国化、国际化，在一国为合法的垄断，甚至一国有关垄断的法律和反垄断执法机关的行为，也可能在他国被指控为非法，这样以所谓"合法"、"行政"来区分经济的、行政的、国家的垄断等，就更缺乏实际意义。（3）从主体角度划分反垄断法调整的各种对象，只有在对应于不同主体的行为应采取不同调整方法的前提下，方有其实际价值，而行政性垄断、经济性垄断和国家垄断的划分并不存在客观的方法论依据。对于市场垄断状态，滥用实力或权力，交易歧视、搭售等不公正对待行为，在调整方法上对于各种主体自应一视同仁。中国的反垄断法一开始就不应受行为主体的限制，而应遵从市场及其竞争的客观要求，对各种主体的限制竞争行为予以制止，同时也为各式各样主体提供充分、平等的救济措施。

第二，行政垄断是否为现代中国所独有。有人认为，行政垄断是中国特有的经济现象，为"我国所独有"[①]；另有人认为，除中国外，行政垄断还大量存在于那些从计划经济向市场经济转变的国家，但现

---

① 魏剑：《试论我国的反垄断立法》，载《中外法学》1989年第3期。

代西方国家没有行政垄断之虞，西方国家的反垄断法都不涉及反行政垄断[1]；还有人认为，“行政垄断并非中国或正在建立市场经济的国家所特有的社会现象……如果把行政垄断定义为政府对竞争的限制，那么行政垄断在西方国家也是普遍存在的；即使把行政垄断界定为政府对竞争的不当限制，也很难说只有在中国、或只有在经济体制转型国家才存在这种行政垄断”。[2]

第三，在行政垄断的主体范围认识上的差异。关于行政垄断的主体范围认识上的差异，见之于学者们给行政垄断所下的各种定义。概括起来，有以下四个方面：(1) 国家是否属于行政垄断的主体。大部分人认为，国家不是行政垄断的主体，那些认为国家垄断与行政垄断有别[3]，或将行政垄断界定为行政机关实施的垄断的学者持此观点；少部分人认为，国家是行政垄断实施主体，那些将行政垄断界定为“国家运用公权力实施并保护的排除或限制竞争的行为”[4]，或将行政垄断界定为“政府凭借公共权力的行使来消除或限制市场竞争的行为”[5]，或将国家垄断视为行政垄断的表现形式之一的学者[6] 持此观点。(2) 行政垄断实施主体与市场垄断主体是否一致。绝大部分人认为，行政垄断实施主体与市场垄断主体是不一致的，行政垄断实施主体是政府及其所属部门，市场垄断主体是企业；但也有少数人认为，行政垄断的主体和市场垄断的主体是一致的，均为从事生产经营的主体[7]。(3) 行政垄断实施主体是否只限于经济行政管理部门。有

---

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 16 页。

② 张瑞萍：《反垄断法理论与实践探索》，长春：吉林大学出版社 1998 年版，第 56—57 页。

③ 参见梁慧星：《中国反垄断立法的构想》，载《法学与实践》1991 年第 6 期；漆多俊：《中国反垄断立法问题研究》，载《法学评论》1997 年第 4 期；王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

④ 王旸：《论反垄断法一般理论及基本制度》，载《中国法学》1997 年第 2 期。

⑤ 张瑞萍：《反垄断法理论与实践探索》，长春：吉林大学出版社 1998 年版，第 56 页。

⑥ 李芹叶：《反垄断法能否调整行政性垄断》，载《法学与实践》1995 年第 3 期。

⑦ 文海兴，王艳林：《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》，贵阳：贵州人民出版社 1995 年版，第 129 页。

人认为,行政垄断实施主体必须是经济行政机关[①];有人认为,行政垄断实施主体是“地方政府行政机关和国家经济管理部门”[②];有人认为,行政垄断实施主体是“地方政府及其所属部门”[③];有人认为,将“行政垄断实施主体表述为‘政府及其所属部门’,是不准确的。因为,如将‘政府’理解为‘地方政府’,其所属部门只能是地方政府部门。不仅如此,将行政垄断实施主体表述为‘政府及其政府部门’也欠准确。因为,依中国语言习惯,‘及’作为连词所连接的成分多是具有主次关系的。由此,‘政府及政府部门’只能理解为‘地方政府或地方政府部门’。无疑,这是不符合立法(指《反不正当竞争法》)本义的。”因此,主张将行政垄断实施主体表述为“政府或政府部门。前者,指地方政府;后者,指中央政府部门和地方政府部门”。[④] 还有人认为,行政垄断实施主体是“地方政府、政府经济主管部门或其他政府职能部门或者是具有某些政府管理职能的行政性公司”。[⑤] (4) 个人能否成为行政垄断的主体。绝大部分人认为行政垄断是组织体的行为,行政垄断的主体只能是组织;但有少数人认为,公职人员个体也可成为行政垄断实施主体。[⑥]

第四,行政垄断都是非法的,还是既有非法行政垄断又有合法行政垄断。有人认为行政垄断是“对政府凭借公共权力来排除或限制竞争的一种表述”,它“并不以违法为前提”,行政垄断有合法行政垄断与非法行政垄断之分[⑦];另有人认为行政垄断是一种滥用行政权力

---

① 李中圣:《行政垄断的几个问题》,载《政法论丛》1990 年第 2 期。转引自文海兴,王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵阳:贵州人民出版社 1995 年版,第 128 页。

② 邓保同:《论行政性垄断》,载《法学评论》1998 年第 4 期。

③ 黄欣,周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,载《中国法学》2001 年第 3 期。

④ 王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

⑤ 种明钊主编:《竞争法》,法律出版社 1997 年版,第 314 页。

⑥ 李中圣:《行政垄断的几个问题》,载《政法论丛》1990 年第 2 期。转引自文海兴,王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵阳:贵州人民出版社 1995 年版,第 128 页。

⑦ 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,长春:吉林大学出版社 1998 年版,第 56 页。

的非法行为，是“因政府支持而妨碍企业自由的非法垄断”①。

第五，行政垄断是垄断状态，还是垄断行为，还是既包括垄断状态又包括垄断行为。有人认为行政垄断是指“地方政府、政府经济主管部门或其他政府职能部门或者是具有某些政府管理职能的行政性公司，凭借行政权力排斥、限制或妨碍市场竞争的行为（着重号为作者所加，下同）”。② 另有人认为行政垄断是“竞争者凭借国家经济主管机关或地方政府滥用行政权力所形成的强大力量或控制性安排，使自己在一定的经济领域内控制或支配市场、限制和排除竞争的状态”。③ 还有人认为行政垄断是“凭借政府行政机关或其授权的单位所拥有的行政权力，滥施行政行为，而使某些企业得以实现垄断和限制竞争的一种状态和行为”。④

对行政垄断的含义的理解之所以存在如上差异，客观原因在于行政垄断在经济领域中的表现形式非常复杂，主观原因在于研究者的研究目的与研究方法存在差异。对同一研究对象，不同的研究者会得出不同的结论，同一研究者在不同研究阶段也可能得出不同的结论，这是学术研究经常发生的事情。因此，不管研究者对行政垄断作出怎样的判断与认识，也不管彼此间的分歧有多大，他们所获得的成果都值得重视，都将对深化人们关于行政垄断的认识有助益。当然，客观地说，当前学界关于行政垄断的研究还是初步的、零碎的：许多研究者提出了观点，但对本人所坚持的观点没有更深的论述；有的研究者虽然有论述，却缺乏系统性。因此，有必要对行政垄断的含义进行进一步的研究。

（一）对行政垄断的语义考察

“在重大的法学争论中，有很多意见对立的场合，争论的原因和焦点往往是由概念的歧义引起的。”如果我们“善于运用语义分析方法，找出同一词语、概念、命题的语义差度，即人们用同一词语所表达

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社1996年版，第16页。

② 种明钊主编：《竞争法》，北京：法律出版社1997年版，第314页。

③ 刘剑文，崔正军主编：《竞争法要论》，武汉：武汉大学出版社1996年版，第170页。

④ 漆多俊：《中国反垄断立法问题研究》，载《法学评论》1997年第4期。

的实际思想内容的差别，确认要回答的是什么问题、不是什么问题及这个问题是否真正存在，有些争论是可避免或得到澄清与解决的。"[①] 为了厘定行政垄断的涵义，有必要对"行政垄断"的语义进行考察。

1. "行政"的含义。行政垄断区别于其他垄断的标志在于这种垄断与"行政"有关，因此，要了解行政垄断的涵义，须先了解"行政"的语义。从词源角度考察，"行政"的含义较为明确。"行政"即国家事务的管理，无论汉语中的行政还是英语的 administration 都是如此。[②] 但随着社会的发展和"行政"的频繁使用，"行政"的内涵与外延大大扩展。如有学者就曾这样描述过行政：有一块石头，任何一个人都无法搬动，现在两个人通力合作去滚动它，这时，雏形的行政便已发生。[③] 对"行政"的含义的理解宽泛至此，以致学者们不得不承认："对行政作概念性的把握几乎是不可能的。""这并不是因为学理努力不够，而是因为行政本身的特性。""行政只能描述，而不能界定。"[④] 尽管如此，行政学学者、行政法学者还是为明确行政的含义作出了不懈的努力，并且这种努力仍在进行。[⑤] 为简明起见，本书将他们对行政的含义所作的解释概括为五个方面。

（1）行政是协调众人努力达到一定目的的一切管理活动。这种理解以西蒙、史密斯堡、怀特、费富纳为代表。我国也有学者持这种观点。西蒙、史密斯堡认为行政是"达到共同目的时合作的集体行动"。怀特认为"行政是完成或实现一个权力机关所宣布的政策而采取的一切运作，即对其部属所采取的指挥、协调和控制活动"。费富纳认为"行政就是一些人为完成政府任务所作的协调努力"，"是集体努力与

① 沈宗灵主编：《法理学》，北京：高等教育出版社 1994 年版，第 17 页。

② 汉语中的行政一词最初出现于距今 300 年前编撰的历史文献《纲鉴易知录》，该文献中有"召公、周公行政"的记载，其含义就是指管理国家的政务。现代英语中的 administration，源于拉丁文 Adminiatrare 一词。根据当今国际普遍采用的《社会科学大辞典》的解释，administration 就是国家事务的管理。

③ 〔美〕赫伯特·西蒙等：《行政学》，台湾正中书局 1985 年版，第 1 页。

④ 〔德〕哈特穆特·毛雷尔著：《行政法学总论》，高家伟译，北京：法律出版社 2000 年版，第 6 页。

⑤ 参见孙学玉：《走出困惑：关于行政概念的再思与再认》，载《江苏社会科学》1999 年第 6 期。

合作的艺术”。[1]

(2) 行政是国家意志的执行。这种见解以美国行政学家弗兰克·J. 古德诺的政治、行政二分说为基础。古德诺认为:“在所有的政府体制中都存在着两种主要的或基本的政府功能,即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。”“政府的这两种功能可以分别称作‘政治’与‘行政’。”[2]

(3) 行政是既非立法也非司法的国家活动。该学说以资本主义国家关于立法、行政和司法的明确划分的分权学说为出发点,认为只有政府行政部门所管辖的事务才是行政。行政是指“国家或者其他公权力主体进行的、立法和司法之外的国家活动”。

(4) 行政指行政组织,由行政机关和其他行政设施组成。

(5) 行政指行政机关所实施活动的总称。不管行政机关所从事的活动是行政管理活动,还是民事活动,都属于行政。

除第(1)种解释将私人管理活动纳入了行政范畴外,第(2)至第(5)种解释所指的行政都是“公共行政”或“国家行政”。德国行政法学者哈特穆特·毛雷尔将公共行政进一步细分为实质意义上的行政、组织意义上的行政、形式意义上的行政三类。[3] 根据这种分类,上述第(2)、第(3)种是实质意义的行政,即以执行行政事务为目标的国家活动,第(4)种是组织意义上的行政,第(5)种是形式意义上的行政。

行政垄断中的“行政”应作如何理解,行政垄断研究者没有追问。考察他们对行政垄断所下的定义及与行政垄断相关的论述,行政垄断中的“行政”,主要指实质意义上的行政与组织意义上的行政,但也有部分人所指的行政涉及形式意义上的行政。如有人将“官商”作为行政垄断的表现形式之一。“官商”一般指国家机关或公务人员参与商业活动。依经验,国家机关或公务人员参与商业活动的情况大致有两种:一是国家机关为了社会公益兴办企业,二是为了谋取团体利

① 转引自孙学玉:《走出困惑:关于行政概念的再思与再认》,载《江苏社会科学》,1999年第6期。

② F. 古德诺:《政治与行政》,北京:华夏出版社1987年版,第10、12页。

③ 〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,北京:法律出版社2000年版,第3—5页。

益或个人利益参与商业活动。如将后者纳入行政垄断范畴，那么此处的行政就是形式意义上的行政。作者以为，将后一种“官商”纳入行政垄断范畴，无论是在理论上还是在实践上都有一些问题，理由后文予以详述。本书认为，行政垄断中的“行政”应从其实质意义与组织意义去理解。

2. “垄断”的含义。行政垄断区别于其他行政活动的标志在于其“垄断”性。垄断既是一个经济学概念，也是一个法学概念，如果不考虑翻译因素，垄断首先应是一个经济学概念。早在18世纪，“垄断”就在经济学著作中大量出现，而法律(学)上的垄断概念最早出现于1890年的《谢尔曼法》中。不管是在经济学中，还是在法学中，学者们都没有在“什么是垄断”问题上形成共识。比较而言，法学学者关于垄断的含义的论辩可能要多于经济学学者关于同样问题的论辩。法学学者对垄断的含义的论辩主要集中于以下问题:(1) 垄断与限制竞争是否是一回事?(2) 垄断是否有合法垄断与非法垄断之分?(3) 法学中的垄断的含义与经济学中的垄断的含义是否一样? 对每一个问题，法学界都有两种截然相反的观点。如关于第一个问题，有人认为，垄断与限制竞争并无实质上的差别;另有人认为，垄断与限制竞争是两个完全不同性质的概念，两者存在的历史条件、表现形式均有所差异①;对于第二个问题，有人认为，法学中的垄断是在违法意义上使用的，“垄断”意味着违法;另有人认为，法学中的垄断并不都是非法的，有些垄断是合法垄断，有些垄断是非法垄断;关于第三个问题，有人认为“法学中的垄断与经济学中的垄断并无差别”②;另有人认为，“法律上的垄断概念，与经济学上的垄断概念有一定的差别。”“法律上的垄断概念，强调了垄断的违法性和社会危害性特征。法律未规定禁止的垄断不属于垄断行为。”“法律上的垄断概念要比经济学垄断

---

① 卢修敏，王家田:《垄断、限制竞争行为、不正当竞争行为的区分及其对立法的意义》，载《中外法学》1995年第4期。

② 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》，长春:吉林大学出版社1998年版，第55页。

概念小得多。"[1] 对垄断的含义理解不同，导致了学者们对行政垄断的理解亦有差异。因之，要把握行政垄断的含义，还须对垄断的含义进行考察。

(1) 经济学上的垄断。垄断虽然是经济学的核心名词之一，但经济学对之并无统一严格的界定。根据作者的概括，西方经济学家对垄断下的定义至少有以下几种：第一，国家通过法律与政策赋予的特权。现代经济学鼻祖亚当·斯密就是在这种意义上使用"垄断"一词的。在《国民财富的性质及其原因》一书中，亚当·斯密使用"垄断"达903 次[2]，其所指的垄断并非现代竞争理论中所言之私人经济主体在自由竞争中形成的垄断，而是指国家通过立法和政策措施给予某一阶层或经济组织以长期特权地位的垄断。[3] 第二，产品差别。产业组织理论创始人之一张伯伦认为，只要有产品差别存在，垄断就会发生，差别程度越大，垄断因素也就越大，任何一个经营与众不同的商品的生产者或销售者，都是市场垄断者。[4]第三，自然垄断。指那些由于生产或技术上的原因，单位产品的平均成本随产出的增加而明显下降的行业。第四，一种市场结构。综合经济学派的代表人物萨缪尔森将垄断定义为"一种市场结构"，在这种结构中，单一的出售者是它所在行业里的惟一的生产者，同时，没有任何一个行业能够生产出接近的代替品。[5] 相比较而言，现代西方经济学者使用得最多的是第四种含义。我国青年经济学家戚聿东博士对传统的垄断概念进行了综合分析，将垄断定义为"特定经济主体为了特定目的通过构筑市场壁

---

① 潘静成，刘文华主编：《经济法》，北京：中国人民大学出版社 1999 年版，第 208 页。

② 〔美〕哈罗德·德姆塞茨：《竞争的经济、法律和政治维度》，陈郁译，上海：三联书店 1992 年版，第 11 页。

③ 陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，北京：商务印书馆 1997 年版，第 22—23 页。

④ 参见吴汉洪：《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》，北京：经济科学出版社 1998 年版，第 183 页。

⑤ 〔美〕萨缪尔森：《经济学》(上册)(第十四版)，胡代光等译，北京：北京经济学院出版社 1996 年版，第 301 页。

垒从而对目标市场所做的一种排他性控制状态”[①]，业内人士评价，戚博士的这种界定“比较精确”，诚如是，则上述第四种含义也是中国经济学界关于垄断的主流含义。

（2）法学上的垄断。美国著名经济学家萨缪尔森曾说，垄断只停留在经济上的描述性解释，尚不能精确成一个法律概念。[②] 考察主要资本主义国家的反垄断立法及我国有关的研究反垄断法的学术文献，的确如此。从主要资本主义国家的立法情况来看，不仅法律文件中很少有垄断概念，即使使用了垄断概念的国家，也鲜有对垄断进行解释的。美国是世界上最早制定反垄断法的国家，也曾在《谢尔曼法》中使用了“垄断”一词，但迄今为止美国没有在立法中对垄断作过任何解释。在继美国之后制定反垄断法的国家中，除日本在《禁止私人垄断及确保公平交易法》（以下简称《禁垄法》）中对“私人垄断”与“垄断状态”有明确界定外，尚未发现其他国家使用过垄断概念，更不用说对之进行解释。

尽管缺乏立法上的依据，法学界还是为明确垄断的含义作了许多努力。在我国，众多研究竞争法的论文与专著都对垄断下过定义，甚至专文对垄断的法律含义[③] 及垄断与限制竞争、不正当竞争等概念的区别进行了分析。自然，正如前文所述，研究得出的结论各不相同。代表性观点有：（1）垄断与限制竞争是两个“完全不同性质的概念”，区分这两个概念对于我们“正确鉴别复杂的经济现象以及准确立法具有十分重要的意义”。[④] 垄断是指“经营者自己或者通过企业兼并等方式，形成对一定市场的独占或控制……限制竞争，主要指经营者滥用经济优势或几个经营者通过协议等联合方式损害竞争对手

① 戚聿东：《中国现代垄断经济研究》，北京：经济科学出版社 1999 年版，第 6—10 页。

② 〔美〕萨缪尔森：《经济学》（第十四版），胡代光等译，北京：北京经济学院出版社 1996 年版，第 310—311 页。

③ 参见金朝武：《对“垄断”法律概念的反思》，载《广州大学学报》1998 年第 4 期。

④ 卢修敏，王家田：《垄断、限制竞争行为、不正当竞争行为的区分及其对立法的意义》，载《中外法学》1995 年第 4 期。

的利益”。[1] (2)“垄断和限制竞争基本上属于同等概念”,“人为地区分垄断和限制竞争在竞争法领域并无实际价值,相反,这样做会从理论上,逻辑上模糊垄断的性质”,“就垄断而言,无论是促成垄断的扩张和联合过程,还是垄断造成独占的结果,都是对竞争的限制;限制竞争的行为,则无不是垄断性行为”。[2] (3) 垄断是指“某一或少数几个企业占据了相关市场的很大份额,从而具有支配市场、特别是市场价格的力量”。“垄断并不以违法为前提”。[3] (4) 法律意义上的垄断一般是在贬义上使用的,具有危害性和违法性两个特征。[4] 垄断是“指经营者违反法律,单独或者与其他经营者联合,通过滥用市场支配地位或者法律规定的其他方式,在特定市场上排除或者限制竞争,损害其他经营者和消费者的合法权益,违反社会公共利益的行为。”[5] (5) 垄断是“竞争者以单独或联合、协议、协调一致等方式,凭借市场优势或其他行政权力,控制或支配市场,限制和排斥竞争的状态。除国家竞争立法政策基于经济发展和国民经济整体利益考虑,对一些行业或领域内的垄断给予法律适用的豁免外,垄断是为竞争立法所反对和禁止的”。[6] (6) 垄断是“与自由竞争相对的一个概念,是指排斥、限制竞争的各种行为的总称”,是一种“具有社会危害性的违法行为”。[7]

上述六种观点从前至后,垄断概念的外延呈扇形状排列。毋庸置疑,研究者在垄断概念内涵与外延方面产生的差异,是研究视角不同所致。从立法层面考虑,很多国家是将垄断与限制竞争并列的,如美

---

① 国家工商行政管理局条法司:《现代竞争理论与实践》,北京:法律出版社 1993 年版,第 17 页。

② 史际春:《遵从竞争的客观要求——中国反垄断法概念和对象两个基本问题》,载《国际贸易》1998 年第 4 期。

③ 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,长春:吉林大学出版社 1998 年版,第 44 页。

④ 陈有西:《反不正当竞争法律适用概论》,北京:人民法院出版社 1994 年版,第 218 页。

⑤ 王学政:《中国反垄断立法应注意的几个问题》,载王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,北京:法律出版社 1998 年版,第 29 页。

⑥ 文海兴,王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵阳:贵州人民出版社 1995 年版,第 129 页。

⑦ 种明钊主编:《竞争法》,北京:法律出版社 1997 年版,第 283—285 页。

国谢尔曼法的第1条、第2条，日本《禁垄法》也是将私人垄断与不当的交易限制和不公正的交易方法相提并论的，同时，这些法律文件中既有为法律所禁止的垄断，也有为法律所保护的垄断，由此得出垄断与限制竞争是两个不同的概念，及垄断既有合法垄断，也有非法垄断的结论是有道理的。但从理论层面看，垄断显然是对那些性质一致，而名称不一的各国具体法律制度中所禁止的限制竞争行为的一种概括或抽象，垄断是作为竞争的对立面提出来的，因此，它与限制竞争又是一回事。我国学者之所以偏爱垄断而不是限制竞争，可能与中国的传统文化及垄断这一术语简明、容易为大家接受有关。而反垄断这一术语明显向人们暗示了垄断的不可欲性，给人以一种垄断违法的印象，即使是反垄断法明确保护的垄断，本质也是违反反垄断法的，所以那种认为垄断与限制竞争是一回事、垄断违法的观点也有道理。由此观之，对垄断含义的理解，何舍何从由研究者根据自己的研究视角决定，但从主流观点来考察，垄断与限制竞争是一致的，垄断是一种违法行为。

(3) 经济学上的垄断与法学上的垄断的区别。经济学上的垄断与法学上的垄断有着非常密切的联系：法学上的垄断概念来源于经济学，法学上的反垄断理论需要经济学基本理论特别是产业组织理论的指导与经济学知识的解释，这是任何法学学者也不能否认的事实。然而，法学与经济学终究是两个不同的学科，两者在基本范畴、研究方法与研究目的等方面都存在显著差别，因此，法学上的垄断与经济学上的垄断间的差别也是客观存在的。

第一，经济学上的垄断比较抽象，法学上的垄断比较具体。经济学常常遵循一条从抽象到具体的研究思路，它重基本命题的预设，重分析模型的建构，因此，经济学中的概念，往往是没有细枝末节的高度抽象概念。而法学属于实践性、应用性较强的科学，虽然它也重视反映事物本质属性的基本范畴的构建，但基本范畴的构建必须遵循从具体到抽象的逻辑思路，以现实中的具体案件或法律文件中具有可操作性的相关制度为前提，因此，法学中的概念常常是包括所指事物的性质、特征、构成要件等内容的具体概念。这可从多数经济研究者界定垄断时的惜墨如金和多数法律研究者不惜笔墨的态度中略见

一斑。

第二，经济学上的垄断相对确定，法学上的垄断往往是不确定的。经济学上的垄断概念的相对确定性主要表现在两个方面：同一学者使用垄断概念前后一致；现代大多数经济学家将垄断定义为一种市场结构。而法律中的垄断概念往往是不确定的。在反垄断实践中，常出现这种情况：一些既往属于反垄断法规制的对象，由于经济情势之变化不再纳入反垄断法调整范围之内，而原本不属于反垄断法规制的对象，因国际国内政治、经济、社会环境的变迁，反被列为反垄断法的重点规制对象。美国反垄断制度的变迁能说明这种情况。1911年美国在“标准石油公司案”中，发明了合理原则，宣称只有对贸易的不合理限制，才属于《谢尔曼法》的制裁范围，才被认为是违法的。但到了“二战”后，情况就发生了变化，合理原则被改变了。1945年，美国政府对美国铝公司提起了诉讼，指控铝公司垄断了初级铝的生产和某些铝产品的销售，并指出到诉讼之日为止，该公司占据了美国铝锭市场的90%。虽然铝公司的市场优势是通过合法手段获得的：在市场需求扩大之前就增加设备，从而使价格低到足以防止潜在的竞争的水平，但最高法院还是认为铝公司违背了《谢尔曼法》第2条的规定。1969年，美国政府控告国际商用机器公司“企图垄断，并且已经垄断用于一般目的的数字计算机”，企图解散国际商用机器公司。美国政府指出国际商用机器公司在1967年控制了市场的76%，而且国际商用机器公司用了许多方法来阻止其他公司的竞争，包括价格限制，即降低价格以阻止竞争者进入该行业。这场官司打了13年，最终以政府撤诉而告终。国际商用机器公司案标志着美国对垄断的态度重新回到了合理原则上。美国反垄断法的不确定性还表现在企业合并问题上。1968年美国司法部颁布的《企业合并指南》对企业合并的控制相当严格[①]。根据这个文件，对横向合并(竞争者之间的合并)和纵向合并(有交易关系者之间的合并)，几乎一律加以禁止，混合合并也被认为是准横向的合并而成为规制对象。典型的案例是“布

① 〔日〕丹宗昭信，厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，北京：群众出版社1985年版，第19页。

朗鞋公司"案，在这个案件中，金奈公司在全国的皮鞋零售市场上虽然仅占 1.6%的市场份额，布朗公司和金奈的市场份额总共才占到大约 5%，但法院认为美国的制鞋业存在着由一个分散生产的行业变为一个垄断性行业的趋势，布朗鞋公司兼并金奈公司后，布朗公司的竞争者就不能再向金奈公司销售大约 800 万双鞋，法院因而禁止了这个合并。在这个时期内，美国政府和法院的指导思想是，只有在各个行业维持众多的中小企业，才能阻止美国经济的集中。然而到了 20 世纪 80 年代，美国政府弹起另一调子，1982、1984 年司法部对合并指南进行了修订，根据这两个指南，企业合并不但不再被普遍视为是限制竞争的行为，而且还被评价是积极的和对提高企业的经济效益有益的行为，它们有利于提高美国企业在国际市场上的竞争力，从而改善美国消费者的福利。1992 年，美国司法部和联邦贸易委员会联合发布了一个关于横向合并的指南，中心是承认实施合理的合并是美国自由的企业制度的一个基本组成部分，它有利于提高美国企业的竞争力和美国消费者的福利。美国反垄断制度的变迁表明，反垄断法的法律规则常常是不确定的，而"法律规则的不确定归根结底是概念的不确定"①。

第三，法学上的垄断的外延比经济学上的垄断外延宽。尽管不同的经济学者对垄断的定义有所不同，但绝大部分经济学者所论述的垄断限于垄断结构。在现代西方经济学著作中，垄断是作为一种市场结构在微观经济学中研究的，研究目的在于对各种市场结构的经济效率进行比较研究。西方经济学著作所揭示的市场结构有两大类、四小类。两大类即完全竞争与不完全竞争，其中不完全竞争又可分为垄断、寡头竞争和垄断竞争三种。一些西方学者的研究成果揭示，不同市场结构下的经济效率是不同的：完全竞争市场的经济效率最高，垄断竞争市场较高，寡头市场较低，垄断市场最低。我国专门研究垄断的学者也是从市场结构这一意义来定义垄断的，尽管他们也不否定垄断行为的存在，但他们对垄断行为一般不予研究。垄断结构也是法

---

① 沈敏荣：《法律的不确定性——反垄断法规则分析》，北京：法律出版社 2001 年版，第 107 页。

学研究的重要内容，但法学上的垄断除市场结构外，还包括垄断行为。英国学者将竞争法所规制的对象分为单个企业的垄断和市场支配地位、兼并、限制贸易行为三类。我国学者把反垄断法所规制的对象分为两类四大项：两类即垄断和限制竞争行为；四大项即垄断（含垄断状态、垄断化、垄断力的滥用），限制竞争行为，经济力过度集中，不公平交易方法和歧视。[①] 显然，法学中的垄断概念的外延宽于经济学中的垄断概念。

第四，经济学上的垄断内含经济价值判断，法学上的垄断内含法的价值判断。经济学者研究垄断的主要目的是研究垄断对于经济绩效的影响，因此，经济效率是评价垄断好坏的核心标准。传统垄断理论的分析结果揭示：垄断导致社会稀缺资源配置效率的低下，导致垄断企业内部X效率的产生，阻碍技术进步与创新，因此，经济学家一直将垄断视为邪恶。熊彼特先生关于欧美世界人们对垄断的态度的描述可资佐证。他说："在欧美世界，垄断一直受到诅咒，并被看成一种无效用的剥削。"[②] 规模经济所带来的效率，又使经济学家对垄断产生了好感，认为垄断并不具备当然之可责难性，反垄断无异于杀死会下金蛋的鹅。显然，经济学家对垄断的态度是随着垄断对经济效率的影响而变化的。法学上的垄断概念内含法的价值判断，经济学所追求的经济效率是法追求的目标之一，因此，经济学者提出的反垄断政策建议常常为立法者所采纳，反垄断史上的结构主义的垄断控制制度及结构主义的垄断控制制度向行为主义的垄断控制制度的变迁就是明证。然而，经济效率只是法所追求的价值名目之一，而不是全部。除经济效率外，法还有许多价值目标如经济自由、经济民主、经济公平等等，从而使法学上的垄断与经济学上的垄断难求统一。

（二）对行政垄断的界定

费了较多笔墨考察"行政"与"垄断"的含义，主要目的在于为我们全面了解行政垄断的可能性含义提供视角，为行政垄断研究者界

---

① 参见曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社1996年版。

② 〔美〕约瑟夫·熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，北京：商务印书馆1999年版，第168页。

定行政垄断的含义提供参考。通过上述分析，行政垄断的含义已初步明确：行政垄断是行政组织利用行政权力限制竞争的非法行为。显然，这还不是一个非常严谨的概念，要对行政垄断进行尽可能严谨、尽可能科学的界定，使之更具理论意义与实践意义，还须认真关注学界已获得的相关成果。如前所述，当下学界对行政垄断的含义的理解尚存异议，对这些异议进行扼要的梳理、比较与分析，有助于深化人们对行政垄断的认识。为使本书对行政垄断的界定尽可能严谨，下面对学界一些较有影响的观点做一点简要分析。

1. 对行政垄断提出依据问题的分析。行政垄断概念在理论层面与立法层面上是否有独立存在的必要，是一个很有研究意义的课题，其意义已超越纯粹概念之争而关乎中国反垄断立法的内容与体系。本书的写作表明了作者赞同“行政垄断”提法的鲜明立场。

概念是反映客观事物特有属性或本质属性的一种思维形式。一个概念的提出是否有依据，是否能为人们接受，关键在于这个概念所反映的事物是否具有区别于其他事物的特有属性或本质属性。自改革开放以来，中国存在大量利用行政权力限制市场竞争的行为，这种行为在行为主体与行为方式上与现代经济学所描述的垄断、与西方各国反垄断法重点规制的经济垄断存在显著差别，因此，在学理上，用“行政垄断”来概括利用行政权力限制竞争的行为，以区别于那种滥用市场支配地位形成的垄断，具有形式逻辑上的合理性，其学理意义，如同将垄断控制制度划分为各种具体的制度范型一样。

从实践层面考察，行政垄断概念的提出，有助于唤起人们对那些利用行政权力限制竞争、破坏市场经济秩序的行为给予特别关注。有学者指出，西方国家同样存在政府利用行政权力限制竞争的现象，西方国家的反垄断法也对政府利用行政权力限制竞争的行为进行规制，这一点作者将予以肯定，后文将有更详细的介绍。但我们必须看到，在西方国家，政府对竞争的限制远不如中国那样普遍与严重，西方国家政府对竞争的限制给竞争秩序所造成的危害也远不如中国同类行为给竞争秩序所造成的损害那样深远，中国对政府限制竞争行为的控制也不如西方国家控制同类行为那样容易。显然，将这种在中国具有普遍性的政府限制竞争的行为作为独立的研究对象，探求控

制政府利用行政权力限制竞争的措施与方法，对于完善社会主义市场经济体制具有非常重要的现实意义。

2. 对行政垄断是否违法问题的分析。对这一问题的认识，与论者对“违法”的理解及其研究行政垄断的目的有关。“违法”中的“法”通常有两层含义：一是实质意义上的法，即“社会公平”与“社会正义”；二是形式意义上的法，指由国家有关机关制定的成文法。形式意义上的法又有广义与狭义之分：广义的法指所有的具有约束力的规范性文件，包括宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规、地方规章、民族自治条例与单行条例等，狭义的法仅指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。

不同的法观念将影响对行政垄断的法评价。如果根据实质意义上的法对行政垄断进行评价，那么行政垄断显然是一种违法垄断，因为行政垄断背离了社会公平与社会正义等法的基本价值取向，对此，本书将在第二篇“价值论”中进行比较详细的论述。如果根据形式意义上的法对行政垄断进行评价，则不能得出行政垄断“当然违法”的结论。因为现实经济生活中某些行政性限制竞争行为如强制联合限制竞争等并没有被纳入法律控制之下，依形式意义上的法特别是狭义上的法进行评价，这些行为不属于违法行为。除此之外，经济领域中还有相当一部分政府或其所属部门对竞争的限制是依照地方政府或中央所属各部委颁布的地方规章与部门规章做出的，除那些以明显与其上位法相冲突的部门规章或地方规章为依据的行为之外，这些依照地方规章、部门规章做出的行政垄断皆是依法而为，当属合法行为。

行政垄断是否违法，除与论者对“违法”的理解有关以外，还与论者研究行政垄断的目的有关。认为行政垄断既有合法的行政垄断，也有非法的行政垄断的学者，是因为他们将行政垄断界定为“政府对竞争的限制”，而他（她）之所以要这样界定，可能主要是出于理论上（概念的周全）的考虑。作者认为，这样界定虽无理论上的缺陷，却不利于实际操作。正如一些论者自己所言：“这样，如何对行政垄断进行法律规制，实际是要解决两个问题，即如何规制合理的行政垄断和如何制

止不合理的行政垄断”[1]，显然，这将令对行政垄断进行法律控制的实践复杂化。基于依法治国方略已被写入宪法这一历史背景，本书根据实质意义上的法对行政垄断进行评价，将行政垄断界定为一种违法行为。这样界定“不仅容易被社会所广泛接受，而且便于在立法技术上处理好法律概念与法律调整范围之间的关系，便于实际操作”[2]。

3. 对行政垄断实施主体范围问题的分析。行政垄断实施主体范围的界定，应能涵盖经济领域中利用行政权力限制竞争的各种组织。从经验层面看，将行政垄断的主体限定为经济行政管理部门明显不符合事实，因为，非经济行政管理部门也能搞行政垄断。据报载，2001年4月29日，某省民政厅向其系统内下发了《关于贯彻执行〈湖北省殡葬管理办法〉具体问题解释的通知》，该《通知》规定：“凡从事殡葬用品、殡葬设备的生产销售出租等经营活动和从事尸体运送等，均须经县以上民政部门同意后，再到有关部门办理相关手续。”该省各地民政部门以此为“尚方宝剑”，大肆查禁利润较高的骨灰盒。[3] 显然，民政部门不是经济行政管理部门。与将行政垄断实施主体限定为经济行政管理部门相比较，将行政垄断实施主体界定为“政府及其所属部门”、“政府和政府部门”或“地方政府、政府经济主管部门或其他政府职能部门、具有某些政府管理职能的行政性公司”更符合实际情况，但这些界定仍有不足。因为它们都没有涵盖法律授权行使行政管理权的社会组织利用行政权力限制竞争这一情况，而这种情况在现实中时有发生。譬如，沈阳市工商局苏家屯分局查处的“苏家屯区卫生防疫站限定餐饮单位和个体工商户购买其指定的经营者的消毒设备案”就属于此种情况。苏家屯区卫生防疫站是隶属于沈阳市苏家屯区卫生局的事业单位。1994年3月，沈阳市卫生防疫站介绍沈阳凌山电子仪器设备厂与苏家屯区卫生防疫站联系，请求帮助推销本厂

---

① 张瑞萍：《反垄断法理论与实践探索》，长春：吉林大学出版社1998年版，第62页。

② 王学政：《中国反垄断立法应注意的几个问题》，载王晓晔编：《反垄断法与市场经济》，北京：法律出版社1998年版，第29页。

③ 陈旺：《骨灰盒也“专营”?》，载《中国青年报》，2001年9月24日，第2版。

生产的"电热式气压锅"和沈阳消毒设备制造公司生产的"消毒柜"。经协商,电热式气压锅和消毒柜每台单价分别为1850元和890元。苏家屯卫生防疫站责成其食品卫生科利用为餐饮行业换发《卫生许可证》或检查之机,限定业户购买上述两个企业生产的消毒设备,否则不准开业或不给换发《卫生许可证》。一些餐饮单位和个体工商户认为欺人太甚,遂纷纷上访。[①] 由此观之,行政垄断的实施主体应包括行政机关、法律法规授权的社会组织等组织体,这些组织体在行政法学上被称为"行政主体"。作者认为,借用行政法学上的"行政主体"概念对行政垄断的实施主体进行概括,较为准确和简洁。

4. 对行政垄断到底是垄断状态,还是垄断行为,还是既包括垄断状态,也包括垄断行为问题的分析。垄断状态与垄断行为是关于经济垄断的一种分类。垄断状态,指市场中只有一个或少数几个竞争者这样一种市场结构;垄断行为,指滥用市场支配地位等行为。将经济垄断划分为垄断状态与垄断行为的主要依据是产业组织理论关于"市场结构——市场行为——市场绩效"的分析范式。这种划分因立法上"经济力量过度集中阻却制度"的建立与法学上"结构主义的垄断控制制度"和"行为主义的垄断控制制度"的分野而富有意义。但垄断状态与垄断行为的划分是否适用于行政垄断,尚无人明确提出。从此前所作的相关介绍可以推断,至少有人对之有所考虑。本书主张将行政垄断界定为垄断行为。因为,法律是调整和约束人们的制度安排。"对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。"[②]

通过以上分析,本书将行政垄断定义为:行政主体利用行政权力实施的损害市场竞争,破坏社会主义市场经济秩序的行为。与通常的行政垄断定义相比,这一定义有两个特点:第一,借用行政法学上的"行政主体"概念,概括行政垄断的实施主体;第二,没有明确将"滥用行政权力"作为行政垄断的构成要件。这样定义的主要理由在于:一方面,"滥用行政权力"的含义在理论上有争议,在实践中难以认定;

① 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,北京:中国法制出版社2001年版,第825页。

② 《马克思恩格斯全集》(第一卷),北京:人民出版社1965年版,第16—17页。

另一方面，将“滥用行政权力”作为行政垄断的构成要件之一，易于使人们形成这样一种认识，即行政垄断的违法性在于滥用行政权力，而忽略行政垄断给竞争秩序造成的损害。[①]

第二节　行政垄断与相关概念的关系

“一个概念的中心含义也许是清楚的和明确的，但当我们离开该中心时它就趋于变得模糊不清了。”[②] “几乎每个用来对人类生活和周围世界的各种特征进行分类的普通词语”，都必然存在“引起争议的边际情况”[③]。行政垄断亦是如此，为了进一步廓清行政垄断的含义，本节拟对行政垄断与经济垄断、国家垄断、行业垄断等概念的区别及其与自然垄断、官商垄断之间的关系予以扼要阐述。

一、行政垄断与经济垄断、国家垄断、行业垄断的区别

（一）行政垄断与经济垄断的区别

行政垄断与经济垄断是我国经济领域中的垄断现象在经济学与经济法学中的基本分野。在绝大多数情况下，行政垄断与经济垄断的区别是显著的。总体而言，行政垄断是行政权力对市场经济的违法干预，具有超经济的强制性和排斥竞争的封闭性等特点，无论在我国还是在其他国家，也无论是过去、现在还是将来，行政垄断都是对竞争危害最甚的行为，所以，必须坚决摒弃。[④] 经济垄断是在资本积聚和资本集中基础上形成的，是市场机制作用的必然结果，由于经济垄断能在一定程度上促进社会生产力的发展和科学技术的进步，因而，有些经济垄断不受反垄断法的规制。具体而言，行政垄断与经济垄断主

---

① 譬如有人将行政垄断视为一种纯粹的行政违法行为。参见蔡全胜：《行政垄断的法理分析与规制》，载《中国行政管理》，2002 年第 3 期。

② 〔美〕博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社 1999 年版，第 487 页。

③ 〔英〕哈特：《法律的概念》，张文显等译，北京：中国大百科全书出版社 1996 年版，第 4 页。

④ 王晓晔：《社会主义市场经济条件下的反垄断法》，载《中国社会科学》1996 年第 1 期。

要有以下五个方面的区别：

第一，垄断主体不同。行政垄断的主体是行政主体，即行政机关及法律授权行使行政权力的组织；经济垄断的主体是自然人、私法人或其他经济组织。

第二，垄断成因不同。行政垄断是一种外生于市场经济的垄断形态。行政垄断不是在市场竞争中形成的，而是在市场竞争之外形成的，是那种不能作为商品、不能参与市场竞争的行政权力介入市场竞争的结果。经济垄断内生于市场经济。在市场经济条件下，由于每个市场主体所处的竞争环境是不同的，那些资金雄厚、技术先进、管理科学、产品质量好、服务水平高的企业在竞争中总是处于优势，逐步将对手击败，导致资本和生产的集中，从而导致垄断的出现。有竞争，就有垄断，这是不以人的主观意志为转移的客观经济现象。

第三，垄断力量不同。行政垄断所依靠的力量是行政主体所控制的行政权力，这种行政权力具有公定力、强制执行力等特征；经济垄断所依靠的力量是经济主体所具有的经济力，经济力即经济主体自身具有的市场支配地位，主要是经济主体单独或联合影响市场价格的能力，经济力并不具有强制执行的效力。

第四，垄断手段不同。行政垄断主要是通过制定规范性文件、发布命令与禁令、行政许可、行政处罚等手段来实施的；经济垄断主要是通过企业兼并、股份保有、干部兼任、滥用市场支配地位、不公正交易方法等手段来实施的。

第五，垄断性质不同。行政垄断是一种割据型垄断，经济垄断是一种集中型垄断。行政垄断是一种阉割统一市场、企业数量增多、经济力趋于分散的垄断；经济垄断是一种相关市场上竞争性企业数量减少、经济力不断趋于集中的垄断。

虽然行政垄断与经济垄断存在显著差别，但两者之间也存在边际模糊之处。由于当前我国经济领域中较多地存在兼具行政组织与经济组织双重身份的所谓行政性公司，这种公司既享有行政权力，又具有独占地位或市场支配地位，它们实行的垄断如电力公司限制用户购买其指定的经营者的电表、煤气公司指定用户购买其指定的经营者的煤气表的行为，究竟是行政垄断还是经济垄断，在有些情况下

可能难以区分。因为电力公司与煤气公司都属于自然垄断行业，具有市场支配力，同时又享有政府授予的相关行业管理权力，无论是动用市场支配力，还是动用行政管理权力，都能达到同样的效果。在这种情况下，判别一种限制竞争行为是行政垄断还是经济垄断的主要依据，是该行为所凭借的力量是"经济力"还是"行政权力"。

（二）行政垄断与国家垄断的区别

有人认为，行政垄断和国家垄断是两个不同的概念。行政垄断是指由地方政府或行政部门所实行的垄断，其手段是不合法的，所代表的是地方利益、部门利益以及本地区或本部门企业的利益；国家垄断指中央政府所实行的垄断，其手段是合法的，所代表的利益是国家整体利益。[①] 行政垄断是基于狭隘的'地方保护主义'和'行业保护主义'而产生的破坏国家统一市场的违法现象，是阻碍经济发展的消极因素，为法律所禁止；国家垄断是通过运用国家权力来实现的，一般和国家在一定时期的经济政策导向密切相关，是国家对经济运行的一种干预和保护[②]。也有人认为，行政垄断与国家垄断在本质上没有什么区别，只是两者的范围有所不同，国家垄断是行政垄断之一种表现形式，与行政公司垄断和地区、行业垄断相并列[③]。

将行政垄断与国家垄断视为同一性质的垄断，可能是基于以下理由：(1) 行政垄断与计划经济体制(通常将其称为全局性的行政垄断或全局性的国家垄断)一脉相承，行政垄断与国家垄断一样，缺乏竞争，缺乏效率；(2) 行政垄断和国家垄断都以行政机关为依托，不管是国家垄断还是行政垄断，都是通过行政机关及其公务人员组织实施的。

第一个理由建立在将计划经济体制与行政垄断置放于同一研究平台，而不是将它们置放于不同的历史语境中予以解释的基础之上。其实，计划经济体制与行政垄断产生的社会背景是不同的。前者产生

---

① 梁慧星：《中国反垄断立法的构想》，载《法学与实践》1991年第6期；另参见漆多俊：《中国反垄断立法问题研究》，载《法学评论》1997年第4期。

② 文海兴，王艳林：《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》，北京：法律出版社1995年版，第128页。

③ 李芹叶：《反垄断法能否调整行政性垄断》，载《法学与实践》1995年第3期。

于全社会否定市场、否定竞争的历史年代,并不违背当时的国家政策导向与社会主导价值取向。后者产生于整个社会承认市场、承认竞争的历史年代,与当时的国家政策导向及社会主导价值取向背道而驰。另外,虽然全局性的国家垄断与行政垄断一样缺乏竞争,导致低效率,但两者在社会财富的分配方面所导致的结果却是不一样的。行政垄断使社会财富向掌握公共权力的少数人转移,导致社会财富分配不公。国家垄断带来的垄断利润是"封着口"的或"全封闭"的,即全归国家所有,由国家支配。"肉烂在锅里,泄漏的机会不多。当时国家所有、分级管理、大一统的经济体制,以及各项配套政策、社会舆论、价值取向等等可以保障这一点,故染指垄断利润、化公为私、化国有为部门地区机关所有的可能性极小。"[①] 显然,无视行政垄断与国家垄断的如上差异而得出行政垄断与计划经济体制在本质上是一致的结论是不严谨的。第二个理由看到了行政垄断与国家垄断都由同一性质的机关实施这一特征,但对同一性质的机关实施的垄断究竟是为了自己的利益、以自己的名义实施的,还是为了国家利益、以国家名义实施的这两种法律性质不同的行为没有关注。

考察"国家垄断"与"行政垄断"产生的具体历史背景,我们便知道,行政垄断与国家垄断是两个含义根本不同的概念。如前所述,"行政垄断"出现于20世纪下半叶的中国,是对行政主体限制竞争行为的一种抽象与概括。"国家垄断"出现于20世纪上半叶。1916年,列宁在其所著《帝国主义是资本主义的最高阶段》一书中,引证1910年和1913年美国出版的《银行》杂志公布的统计英国、法国和德国三国银行与储金局存款的材料时,指出这些国家的储金局和邮政机关也经营存贷款业务,从事票据贴现和抵押活动,列宁在论述这一问题时,提出了储金局和邮政机关是"国家垄断组织"[②] 这一范畴。1917年,列宁在《关于目前形势的报告》一文中,对垄断资产阶级国有制企业问题作了进一步说明。他说:"尤其是在20世纪,资本主义大大向前发展了,战争做了25年来没有做到的事情。工业国有化不仅在德

① 宋则:《中国垄断现象的特殊性及特殊对策》,载《财贸经济》1999年第2期。

② 《列宁选集》(第二卷),人民出版社1972年版,第760页。

国而且在英国也得到发展。一般垄断已经过渡到国家垄断。"列宁所讲的国家垄断指的是垄断资产阶级国家所有制企业。①

行政垄断与国家垄断的具体区别,可从以下几个方面予以说明:

第一,行政垄断与国家垄断的主体不同。国家垄断是国家实施的垄断或凭借国家权力实施的垄断,行政垄断是行政主体凭借行政权力实施的垄断。国家垄断的主体是国家,行政垄断的主体是行政机关及法律授权的组织,国家垄断的主体范围比行政垄断的主体范围要宽。

第二,行政垄断与国家垄断产生的根源不同。行政垄断产生的根源是局部利益与个人利益,国家垄断产生的根源是国家利益与社会公共利益。首先,任何一个国家都具有对内、对外两个方面的职能,对内具有管理社会事务与公共事务的职能,对外具有抵抗侵略、保卫国家安全的职能。两种职能的履行,都需要国家有足够的经济实力。征税是国家积累资金,保障国家机器正常运转的最重要手段,除此之外,专卖等形式也是古今中外的国家积累资金的重要手段。在中国古代,自春秋战国时起,就存在国家垄断盐、铁和粮食等重要商品生产和销售的情况。如汉武帝元狩6年(公元前117年),因当时财政拮据,而那些富商大贾积累了百万家资,却又不肯解朝廷之急,于是在全国范围内推行了政府对盐铁实行专卖的制度,当时称为榷利制度②。国家专卖在国外也存在。据有关资料记载,目前全世界有七十多个国家和地区对烟草业实行国家垄断经营,绝大多数都是从财政收入角度考虑的。例如,在瑞典,1915年,政府为了支付老年退休金计划的费用,开始实行烟草专卖,希望每年通过烟草的生产和销售获利100万英镑,两年后,瑞典政府又创办了由政府垄断经营的葡萄酒和酒精公司,目的就是通过消除酒类生产的私人利润动机和保证国家得到盈利的销售方式来限制酒精的消费。在法国,1811年,拿破仑一世建立了烟草垄断组织,旨在增加财政收入。1926—1958年,烟草

① 宋涛,陈耀庭主编:《论国家垄断资本主义》,合肥:安徽人民出版社1992年版,第2页。

② 郭庠林:《中国封建社会经济研究》,上海:上海财经大学出版社1998年版,第211页。

专卖所创利润被指定用于偿还国家债务。从1935年开始，法国政府又对火柴实行了垄断经营[1]。其次，国家垄断还是克服市场失灵的重要手段。在市场经济条件下，市场主体具有追求自身利益最大化之“经济人”特性，对那些投资大、风险高、建设周期长、利润率低甚至亏本的行业如自然垄断行业无投资激励（即存在所谓的“市场失灵”），而这些行业又是社会进行再生产不可缺少的条件，为了维护社会公共利益，这些对私人无投资激励的行业必须由国家垄断经营。

第三，行政垄断与国家垄断的性质不同。行政垄断是非法的，国家垄断是合法的。行政垄断的违法性不仅表现在其对实在法的违反，而且表现在其违反了法治国的基本原则与精神，破坏了国家整体法律秩序。国家垄断的合法性表现在（狭义上的）法律的明确授权，世界上有很多国家都在有关专门法如《邮政法》、《铁路法》等中明确规定某一业务由国家专营。我国《邮政法》及《烟草专卖法》等都明确规定了国家对信件投递业务及烟草的专营权。

行政垄断与国家垄断也有界线不清之处。首先，随着社会经济的发展，国家对经济干预的范围不断扩大，法律已不可能对所有的国家活动进行明确的规定，这就使得从合法与违法的角度来区分国家垄断与行政垄断变得较为困难。其次，随着科学技术的发展，有些法律明确授权的国家垄断也可能变得不合理，比如电讯、自来水、铁路、电力等自然垄断行业，长期以来是由国家垄断经营的，20世纪70年代以后，科学技术的发展使得自然垄断行业不再具有自然垄断特性。以电信业为例。20年前，电信业以铜材为主要原材料，所需投资大，为取得规模经济效益和避免重复建设，由国家统一规划、统一建设、统一经营和统一管理十分必要。但随着远程通讯技术的发展，特别是光纤、通讯卫星、计算机等大容量传送途径的开发，电信基础设施的投资规模大大减少，长距离通信成本大幅下降，私人也有能力经营这些业务。在这种情况下，国家垄断就变得不那么合理。最后，经济全球化使得国家垄断也可能受到反垄断法的规制。所有这些都容易使人将行政垄断与国家垄断混淆。

---

① 戚聿东：《中国现代垄断经济研究》，北京：经济科学出版社1999年版，第66页。

（三）行政垄断与行业垄断的区别

行业垄断是行政垄断研究者经常使用的一个概念。虽然对于其确切含义，学界尚未达致共识。如有人认为行业垄断是指“国家经济主管部门滥用行政权力排斥、限制、妨碍或消除所辖部门市场上竞争的行为”①；有人认为行业垄断是指那些集行政管理和生产经营于一体、承担着管理行业任务的大企业集团以及作为“嫡系”挂靠在这个局、那个部而享受优惠待遇的行政性公司②；还有人认为行业垄断是指国家对进入某些行业设置的障碍，如政府设置的特别许可或审批程序③。但绝大部分研究者认为，行业垄断是行政垄断的表现形式之一，行业垄断是与地区封锁即“块块垄断”相并列的一种“条条垄断”。对此，少数研究者提出了异议，认为“反垄断法上的‘部门贸易壁垒’和‘行业贸易壁垒’，其含义是不同的，属于不同的垄断类型。‘部门贸易壁垒’的实施主体是政府部门，属于行政垄断之列；而‘行业贸易壁垒’的实施主体则是经济组织，包括大企业、企业的联合组织和企业自主组织的行业协会等，属于经济垄断之列……‘部门贸易壁垒’和‘行业贸易壁垒’是不应混同使用的”。④

在早些时期，将行业垄断视作部门垄断的同义语有现实根据。因为长期以来我国的行政机构主要是根据行业对口设置的，如电力部管理电力业、机械部管理机械业、煤炭部门管理煤炭业，所以事实上政府部门总是与特定行业胶着在一起。在体制转轨时期，很多限制竞争行为都是由行业行政管理部门实施的，并且在较长时间内，行业间或行业内部的反竞争行为并不非常突出，在这种情况下，用行业垄断代替部门垄断不会引人误解。

但目前将行业垄断与部门垄断等同已不太合适。因为：第一，随着经济体制改革的深入，政府管理体制改革将逐步深化，政府机关的

---

① 杨兰品：《中国转型时期垄断问题研究》，载《经济评论》1999年第4期。

② 王晓晔：《社会主义市场经济条件下的反垄断法》，载《中国社会科学》1996年第1期。

③ 张瑞萍：《反垄断法理论与实践探索》，北京：吉林大学出版社1998年版，第61页。

④ 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

行业管理职能将逐步从政府机构中分离出去。1998年，国务院根据改变政府职能、实行政企分开的思路对国务院机构进行了改革，取消了很多行业管理部门，如将煤炭工业部、机械工业部、冶金工业部、国内贸易部、轻工总会、纺织总会分别改组为国家煤炭工业局、国家机械工业局、国家冶金工业局、国家国内贸易局、国家轻工业局和国家纺织工业局等，由国家经贸委管理。国家经贸委及其管理的各国家局负责组织制定行业规划和行业法规，实施行业管理。这些国家局不直接管理企业，所制定的行业规范、行业法律以国家经贸委的名义发布。2001年，根据党中央和国务院的部署和要求，国家经贸委又进一步撤销了其管辖的国家国内贸易局、国家煤炭工业局、国家机械工业局、国家冶金工业局、国家石油和化学工业局、国家纺织工业局、国家建筑材料工业局、国家有色金属工业局、国家轻工业局等9个国家局，有关行政职能并入国家经贸委。它们所联系和管理的近三百家行业协会都要由国家经贸委负责联系和管理。经与民政部协商，国家经贸委确定对这些行业协会实行分行业分层次管理。按照这个管理办法，国家经贸委直接联系10个综合性行业协会，即中国商业联合会、中国物资流通协会、中国煤炭工业协会、中国机械工业联合会、中国钢铁工业协会、中国石油和化学工业协会、中国轻工行业协会联合会、中国纺织工业协会、中国建筑材料工业协会、中国有色金属工业协会，同时授权这10个协会分别管理其他二百多个协会。经过这些机构改革与调整，政府的行业管理职能进一步淡化，将部门垄断与行业垄断等同逐渐失去现实依据。

第二，随着市场经济体制改革的进一步深入，行业协会的限制竞争行为将逐渐增加。行业协会的限制竞争行为如固定价格、限制产量、划分销售范围等，无论在古代还是现代，也无论是在中国还是外国都是客观存在的。早在西欧的中世纪，手工业者就有自己的行会组织。行业组织在经济方面的主要职能就是限制内外竞争，以求行会成员在经营上的稳定。为了限制内外竞争，行会订有各种规章制度，从产品的数量、质量、价格到销售，从劳动时间到从业人数，都有具体规定，并有一整套严密的检查、监督、管制和奖惩制度，这就是行业垄断。建国后，我国的行业组织不发达，但随着竞争的加剧及政府机构

改革的日趋深入，行业组织会不断增加，行业组织的限制竞争行为即行业垄断也会相应增多。早在20世纪80年代，我国就出现了以行业协会的名义统一定价的反竞争行为。1988年12月，某市由三家最大的彩色扩印企业发起，以“彩扩企业经理恳谈会”的名义，把全市三十多家彩扩企业经理召集在一起，以成立行业协会，协调价格为名，作出了共同涨价的决定，致使该市彩照冲扩费一夜之间上涨了50%。到了90年代，行业组织的限制竞争行为进一步增多。1993初，某市十多家砖厂经协商成立了市砖瓦协会，将全市各家砖瓦厂生产的红砖产量一律按上年实际产量削减30%，并共同确定一个最低售价，各砖瓦厂不得提高产量，压价销售[①]。1993年5月，某市八家大型国有商店为了共同对付该市某交电公司，联合成立了“家电拓展协调协会”，并发出了《致全国空调生产厂家的一封信》，指出：“商家单方面削价倾销商品将损害大多数同行的利益”，并采取了一些联合措施，其中包括统一价格、公布旺季特价、实行联修等。1999年4月，中国最大的门窗加工设备制造商“济南光明机器有限公司”被99’中国建筑门窗管板材产品及设备（北京）展览会拒之门外。原因是济南光明公司曾于1999年1月1日大幅度降低其产品售价，降价幅度超过20%。该公司降价举措曾引起同业的强烈不满，并受到联合抵制。济南同业也曾召开针对光明公司的会议，在统一产品售价、联合对付光明公司等问题方面达成一致。光明公司被拒绝入场展览，就与济南同业“联手”行动有关[②]。此外2000年被社会广泛关注的彩电业限产保价的峰会、农用车自律价等等都是在竞争日趋激烈的情况下，由同行业自发进行的限制竞争行为，与行政机关没有什么关系，应还其行业垄断的本来面目。

当然，尽管政府已经实行了机构改革，但还有很多机构仍然具有行业管理职能，比如铁道部仍然担负着铁路运输业的管理工作，因此政府的行业管理职能还没有完全退化。同时，政府也可以委托行业协

---

① 以上两个案例转引自梁上上：《论行业协会的反竞争行为》，载《法学研究》1998年第4期。

② 刘建民：《商业行规及其疑点、热点、重点、难点》，上海：立信会计出版社1999年版，第82—84页。

会等组织行使行政管理权。对具有行业管理职能的政府部门及行业协会滥用被授予的行政权力实行的垄断,应将其视为行政垄断,而不应视为行业垄断。

二、行政垄断与自然垄断、官商垄断的关系

(一)行政垄断与自然垄断的关系

当前,无论是普通老百姓,还是传媒、学者,对电讯、铁路、电力、自来水等自然垄断行业的反竞争行为非常不满,并且几乎一致地认为自然垄断行业的限制竞争行为属于行政垄断。这种结论过于草率。因为,我国的自然垄断行业不只存在一种垄断形态,而存在国家垄断、经济垄断与行政垄断等多种垄断形态,这几种垄断形态在性质上是不同的,需要运用不同的法律手段进行规制。① 对自然垄断行业的垄断特征进行分析,厘清自然垄断行业与行政垄断的关系,有助于我们提出更有效的消除行政垄断的措施。

自然垄断,原指规模经济明显,单独一个企业能比多个企业更有效地提供某种产品全部产出的行业。目前,有经济学家用部分可加性(subadditivity)重新诠释了自然垄断行业:如果单一企业生产所有各种产品的总成本小于多个企业分别生产这些产品的成本之和,企业的成本方程就是部分可加的,如果在所有有关的产量上企业的成本都是部分可加的,某行业就是自然垄断行业。即使规模经济不存在,即使平均成本上升,只要单一企业供应整个市场的成本小于多个企业分别生产的成本之和,由单一企业垄断市场的社会成本就仍然最小,该行业就仍然是自然垄断行业。② 电信、电力、邮政、铁路运输、自来水和煤气等,都是典型的自然垄断行业。

自然垄断行业主要有四个方面的特征:第一,垄断性。自然垄断行业一般是规模经济较明显的行业,即规模愈大,生产成本就愈低。譬如,煤气公司要输送煤气,就必须铺设管道,而铺设管道的成本是

---

① 郑鹏程:《论我国自然垄断行业的垄断特征与法律规制》,载《法学评论》2001 年第 6 期。

② 张帆:《对自然垄断的管制》,载汤敏,茅于轼主编:《现代经济学前沿专题》(第二集),北京:商务印书馆 1993 年版,第 23 页。

非常高的，但一旦铺设完毕，向管道泵注入更多的煤气则不需要更多的资金注入，以至于边际成本趋向于零。同时，自然垄断行业有大量的“沉淀成本”，即资金一旦投入就难以在短时期内收回，也难改为其他用途。如果多个企业之间进行竞争，势必导致重复建设，造成资源的大量浪费。因此，一般要求由一家企业进行垄断性经营。第二，公益性。自然垄断行业主要是为社会公众提供公共服务的行业，它所提供的私人边际效用(MPB)小于其社会边际效用(MSB)。如电力业所提供的效用，就不仅仅为电力消费者所享有，而且还对整个社会的生活和生产、整个社会的正常运转具有至关重要的作用。第三，不可选择性。由于自然垄断行业的经营者一般是惟一的，对消费者来说，这些服务具有不可选择性，要么接受经营者确定的交易条件，要么就不与其发生交易关系。第四，竞争性。自然垄断行业具有垄断性，但并不等于这些行业的所有业务都具有自然垄断性。换言之，自然垄断行业中的有些业务是可竞争的。如电力业包括电力设备供应、电力生产(发电)、高压输电、低压配电和电力供应等多种业务领域，这些业务中只有高压输电和低压配电属于自然垄断业务，而电力设备供应、电力生产和供应则属于竞争性业务。

我国自然垄断行业中的行政垄断比较突出。以电信业为例，近年来，电信部门滥用行政权力，限制竞争的行为是比较严重的。有学者详细列举了原邮电部的反竞争行为①：(1) 对“中国联通”的市场进入实行限制。“中国联通”进入任何地区开展任何一项电信业务，都必须得到邮电部的批准，而同样的业务，邮电部所属的电信局不经申请就可以进入。邮电部甚至随意解释国务院文件，否定“中国联通”拥有经营一般长话和市话的特许权。(2) 在互联互通上对“中国联通”接入市话进行限制。从 1995 年 7 月 19 日到 1996 年 7 月的整整一年时间内，“中国联通”新建的 GSM 移动电话网没有一个能够与邮电网互联互通后投入运营。邮电部甚至不允许“中国联通”的 130 移动电话拨打 119、110、120、122 等特种服务。(3) 在网间付费上对“中国联通”实行垄断定价。如“中国联通”的 GSM 移动电话接入邮电市话网

① 张维迎，盛洪：《从电信业看中国的反垄断问题》，载《改革》1998 年第 2 期。

时，“中国联通”要将收入的80%支付给对方，而相反方向的电话接入时邮电网只需支付收入的10%。(4) 在号码、无线电频率等公共资源的分配上，对“中国联通”实行歧视。至1996年，邮电部没有批复“中国联通”任何一个城市的市话号码，也没有批复“中国联通”长途网的网号或过网号。甚至将原来的行业标准改为企业标准，对“中国联通”实行封锁。虽然邮电部已经被撤销，但电信业主管部门滥用行政权力限制竞争的行为并没有因此而消失。自然垄断行业中存在的行政垄断问题，是人民群众反映最强烈的。

但是，自然垄断行业的有些垄断行为并不属于行政垄断的范畴。煤气公司强制用户购买其指定的煤气灶具、热水器的行为，电力部门强制用户购买其指定的配电箱、电表的行为，自来水公司要求用户统一使用其指定的水表的行为及电信企业强制用户购买其指定的电话机的行为等等，这些行为既不是政府命令使然，也不属经营这些行业所固有的行为，应当属于经济垄断的范畴，弄清这一点，有助于采取切实有效的措施对自然垄断行业的垄断行为进行规制。

（二）行政垄断与官商垄断的关系

在对我国经济领域中的垄断现象进行研究的过程中，有论者提出了“官商垄断”概念，指称那些由行政机关举办的企业凭借该行政机关给予的特权而形成的垄断，并将其列为行政垄断的表现形式之一。[①] 作者以为，将全部“官商”纳入行政垄断范畴的观点值得商榷。

官商是与私商相对的一个概念，主要指那种利用权力经商的情况，古代的官铁、官盐及现代的国有企业都可称为官商，但当前人们所说的官商并非专指国家专卖或国有企业，而主要是指在计划经济体制向市场经济体制转型过程中出现的“官倒”和各级各类国家机关创办的经济实体。官商除了会造成社会财富分配不公，导致政治腐败外，还将对市场经济竞争秩序起破坏作用。根据政府与市场关系的基本理论，政府是不能与民争利的，从这一角度分析，官商就是一种垄断。

但“官商”是否可以全部纳入行政垄断范畴呢？根据此前对行政

① 胡薇薇：《我国制定反垄断法势在必行》，载《法学》1995年第3期。

垄断概念的界定，作者以为不可。经验表明，当前我国经济领域的"官商"，并不局限于行政机关及其官员，其他机关如党的机关、司法机关、军队、妇联、共青团、工会等组织都有经商的现象。将行政机关及其官员从事商业活动的行为纳入行政垄断范畴符合行政垄断的构成要件，但将司法机关、军队、妇联、共青团乃至于党的机关所从事的商业活动也列入行政垄断范畴却存在逻辑问题，因为司法机关、军队、妇联、共青团等并不是行政主体。所以，官商与行政垄断在逻辑上只能是一种交叉关系，而不是包含关系。

第三节　行政垄断构成

垄断是由相互联系的各种要件构成的。判断一种行为是否属于行政垄断，必须根据行政垄断的构成要件对这种行为进行分析。只有符合行政垄断构成要件的，才属于行政垄断，否则，就不属于行政垄断。由此，必须对行政垄断的构成进行分析。严格来说，对行政垄断构成的分析，必须以相关立法为依据，但在当前，我国经济领域中的很多行政垄断现象并没有纳入国家法律控制之下，这无疑增加了分析的难度。当然，行政垄断作为垄断的一种特殊形式，其构成要件与垄断的构成要件应该有非常密切的联系，因此，本节拟先根据主要资本主义国家的反垄断立法对垄断的一般构成要件的规定进行分析与归纳。在此基础上，再对行政垄断的构成要件进行考察。

一、垄断构成概说

垄断构成，即由法律规定的为垄断所必备的主观条件和客观条件的总和。构成垄断的各种主客观条件是相互联系、缺一不可的，缺少法定条件中的任何一个，就不能构成垄断，反垄断机关就不能依法对之进行规制。从立法层面考察，世界各国反垄断立法所规制的垄断形态是各种各样的，各种垄断形态的具体构成要件也不一样，有的垄断形态如不公正交易方法与歧视行为只有两个构成要件，即(1) 有

属于不公正的或歧视性的商业行为，(2) 有损害有效竞争的可能性[①]；有的垄断形态有三个构成要件；有的垄断形态如纵向限制甚至还可能有五个构成要件[②]。尽管如此，各种垄断形态都适合于垄断的主体要件、垄断的主观要件、垄断的客体要件及垄断的客观要件这一分析范式。

(一) 垄断的主体要件

垄断的主体要件，是由法律规定的对某一垄断形态在主体上的要求。立法上，世界主要发达资本主义国家对垄断主体的表述各不相同。如美国、英国的反垄断法使用"person"，德国的《反限制竞争法》使用"enterprise and enterprise association"，而《罗马条约》则使用"undertaking"。我国有人主张用"企业"和"企业联合组织"来概括垄断的主体，其中企业指"从事商事活动而涉于竞争关系的组织和个人"，而企业联合组织即"以企业(外延包括我国所指的企业、事业单位及个人)为基本细胞，以增进各成员之利益为共同目的的企业集合"。[③] 这种概括从逻辑上分析可能没有问题，但显然不符合我国的用语习惯，因此，作者主张将垄断的主体分为"企业"与"行政主体"两类。

(二) 垄断的主观要件

垄断的主观要件，是垄断主体对其所实施的垄断行为及其后果所持的心理态度，即垄断主体在主观上对垄断的形成是否有故意。从各国反垄断立法与司法实践来看，绝大部分垄断形态必须以垄断主体有追求垄断的主观故意为条件，如果主观上没有故意，就不构成垄断。如垄断化的成立必须有三个构成要件：市场支配地位、取得或维持市场支配地位的积极作为、攫取市场支配地位的主观故意。又如纵向限制，纵向限制绝大部分以明确的协议(尤其是纵向合同)为实施

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 230 页。

② 纵向限制的主体是存在着纵向关系的企业；纵向限制的客体是纵向企业所在层次上的竞争；纵向限制的主观方面是故意；纵向限制的客观方面是有纵向协议、纵向密谋，以及限制竞争的具体做法；有的纵向限制还需具备"不合理地限制了竞争"这一损害后果要件。参见曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 220 页。

③ 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 5—6 页。

限制的开端，极少数是通过密谋的手段，无论是协议还是密谋，纵向企业之间为限制竞争而采取相应措施的主观故意是无疑的。① 当然，立法中也有一些垄断形态如企业合并控制并不要求垄断主体具有限制竞争的主观故意，但这只占法律所规制的垄断形态的少部分。

（三）垄断的客体要件

垄断的客体要件，即为垄断所侵害的为反垄断法所保护的社会关系。在各类经济活动中，企业或行政主体的违法行为多种多样，某一行为之所以为此类违法行为，而非彼类违法行为，乃由于它们所侵害的社会关系的性质及调整这种社会关系的法律规范的性质不同。实践中的垄断有各式各样的表现形态，但不管哪种垄断形态，其所侵害的社会关系必须是反垄断法所保护的自由、公平的竞争关系，否则，就不能认定其为垄断。当然，有些垄断行为侵害的社会关系可能不只一种，如掠夺性定价就存在违反国家价格管理秩序、损害消费者权益、破坏社会竞争秩序等多种违法行为，在这种情况下，只要这种行为侵害了反垄断法所保护的竞争秩序，就可以认定其为垄断。

（四）垄断的客观要件

垄断的客观要件，即构成垄断的客观事实特征。这些客观事实特征包括垄断行为、垄断状态、垄断结果等。垄断的客观要件是垄断构成要件中最重要的要件，一种垄断形态可以没有主观要件，但不能没有客观要件。实践中，垄断的客观表现形式多种多样，因此，立法所规定的不同垄断形态的客观要件也不一样。有的垄断形态只要某一事实或某一行为存在，客观要件即已具备，如日本《禁垄法》中受到企业控股规制的一般集中行为，其客观要件就只要求有股份保有的事实，即控股公司、大规模公司、金融公司这样的企业主体取得、占有股份或某特定量股份的事实，而不要求股份保有导致有效竞争的损害。② 但有的垄断形态，就不仅要求有某种事实、某一行为存在，而且要求这种事实、这种行为导致了某一结果的发生或可能发生，如受各国反垄断法规制的企业结合，就要求既存在企业结合的行为，又要求这种

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 116 页。

② 同上书，第 166—167 页。

行为损害有效竞争或有损害有效竞争的可能。[1]

二、行政垄断的构成

虽然行政垄断也有多种表现形态，且各种垄断形态在具体构成要件方面并非完全一致，但所有的行政垄断形态，都必须具备下述四个构成要件[2]：主体是行政主体，主观方面是出于过错，客体是为国家所保护的社会主义市场经济竞争关系，客观方面是利用行政权力，对竞争造成了实质损害。

（一）行政垄断的主体要件

行政垄断的主体，即行政垄断行为的施行者与行政垄断后果的承担者。在行政垄断的四个构成要件中，主体要件极其重要，因为它是行政垄断区别于其他种类的垄断特别是经济垄断的形式标志。但对这个重要问题，学界的认识还有很多分歧，作者在本章第一节中对这些分歧已经作过详细介绍，在此不再赘述。根据作者的认识，行政垄断的主体只能是行政主体，即依法享有行政管理权的行政机关及具有行政管理权的企业或其他社会组织。依法享有行政管理权的行政机关是当然的行政垄断实施主体，而具有行政管理权的企业或其他社会组织的主体属性则应视具体情况而定，因为这类组织同时也是市场主体，它们所实施的垄断可能是行政垄断，也可能是经济垄断，只有在凭借行政权力实施垄断的情况下，它才成为行政垄断的主体。需要说明的是，关于具有行政管理权的企业或其他社会组织的主体属性，在地方立法层面上有一些不同的规定。具体情况有三种：第一种情况是将具有行政管理职能的事业组织明确规定为行政垄断实施主体，如《辽宁省实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉规定》第8条规定："政府及其所属部门（含具有行政职能的管理公共事务的事业组织）不得滥用行政权力"限制竞争，其他地方性法规如《吉林省反不正当竞争条例》、《山西省反不正当竞争条例》都有类似规定。第

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社1996年版，第174—176页。

② 王保树教授认为，行政垄断的构成要件为三个。参见王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

二种情况是将事业单位作为公用企业处理，如《江苏省实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉办法》第10条规定："事业单位不得强制或者限定用户、消费者购买其提供的或者其指定的经营者提供的商品。"该《办法》第25条对此类行为规定了与公用企业等限制竞争行为同样的行政处罚。第三种情况是既不将具有行政职能的事业单位或企业作为行政机关对待，也不把它作为事业单位处理，而是作为独立于两者之外的一种新主体，如《深圳特区实施〈中华人民共和国反不正当竞争法〉规定》第8条规定："具有行政职能的事业单位不得滥用权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者。"该规定第15条对此类行为另行设立了行政处罚，即"监督检查部门应当责令其停止违法行为、消除影响，没收违法所得和违法物品，并处以违法经营额一倍的罚款"。[①]

上述规定都有道理。如将具有行政管理权的事业单位或企业纳入公用企业主体，既有法律依据，也符合现实需要。从法律规定看，"公用企业"乃泛指一切"公用事业的经营者"，不管是享有行政管理权的公用企业还是不享有行政管理权的公用企业，都属于公用企业的范畴，都可以适用《反不正当竞争法》第6条的规定；从现实需要看，公用企业特别是具有行政管理权的事业单位或行政性公司凭借自身权力进行垄断的现象非常突出，需重点规制。根据《反不正当竞争法》的规定，实施垄断的主体属性不同，处理机关不同，承担的法律责任也将有很大差别。同一垄断行为，如果将其认定为公用企业垄断，将由工商行政管理部门给予行政处罚（罚款），而如果将其认定为行政垄断，则由垄断实施者的同级或上级机关责令改正，由同级或上级机关给予行政处分。显然，将具有行政管理权的事业单位或企业归入公用企业垄断主体有利于有关机关对案件进行及时处理。将具有行政管理权的事业单位或企业纳入行政垄断实施主体也有依据，因为实践中，很多公用企业的垄断行为就是凭借其享有的行政权力作出的。显然，具有行政管理权的事业单位的主体属性，很难从理论上

① 地方性法规的内容均出自吉林市北成数据产业有限责任公司制作：《中国法律法规大典》（光盘），北京大学出版社1997年版。

作绝对的界分，而必须根据其实施垄断的具体情况进行定性。

（二）行政垄断的主观要件

行政垄断的主观要件，是指行政主体对行政垄断及其后果所持的主观心理态度，主要指行政主体是否有追求行政垄断的主观过错，包括故意和过失两种情况。在司法实践中，要确认行政主体的违法行为是否出于行政主体的过错往往比较困难，但在“依法行政”条件下，行政主体的权力范围、权力行使方式与行使程序等等都有法律作出具体规定，行政主体及其所属人员能够且必须知晓这些规定，因此，行政主体的违法行为不管是有意实施的，还是因误解法律实施的，都应视为有明显的主观过错。

（三）行政垄断的客体要件

行政垄断的客体即行政垄断所侵犯的社会关系。行政垄断与滥用经济优势地位、合谋限制竞争等经济垄断形式一样，所侵害的社会关系也是市场的公平竞争秩序，是为国家法律所保护的社会主义市场竞争关系。现实生活中行政主体的非法行为有很多，所侵害的社会关系也非常复杂，既有侵害国家行政管理秩序的，也有损害国家、集体、公民财产权利或人身权利的。判断一种行政非法行为是行政垄断还是非行政垄断的标准，就是看这种非法行为所侵害的社会关系是不是竞争关系。只有侵犯市场竞争关系的非法行为才是行政垄断。

（四）行政垄断的客观要件

行政垄断的客观要件即行政垄断的客观外在表现。有人认为行政垄断的客观要件是“滥用行政权力”。作者认为，此观点有如下一些不足：第一，“滥用行政权力”的内涵难以把握。尽管立法如《行政诉讼法》、《行政复议法》、《反不正当竞争法》使用了“滥用职权”或“滥用行政权力”等概念，但没有对这些概念作出解释，因此，学术界对“滥用行政权力”的理解常有偏差。如对《反不正当竞争法》第 7 条中的“滥用行政权力”，就存在多种解释：有人解释为“政府及其所属部门不恰当地使用发文件、规定行政措施等行为”；有人解释为“政府及其所属

部门违反法律规定或者超越授予的权限和职责行使行政权力”[1];有人解释为“行政机关在行使行政权力时,尽管其行为在其职权范围之内,也符合法定程序,但不符合法律授予这种权力的目的”[2];还有人解释为“‘政府及其所属部门’违反宪法和法律,不正当和不合理地违法行使行政权力”[3]。第二,将“滥用行政权力”作为行政垄断的客观要件,将大大缩小行政垄断的范围。根据行政法学关于行政违法的理论考察,“滥用行政权力”只是众多行政违法形态中的一种,指“行政主体在权限范围内,不正当地行使行政权力,而违反法定目的的具体行为”。[4] 如果依此理解行政垄断构成要件中的“滥用行政权力”,则现实经济领域中的很多行政性限制竞争行为,如通过抽象行政行为实施的行政垄断,违反价格听证程序的垄断性定价,越权减免税收等都不能归入行政垄断。第三,将“滥用行政权力”作为行政垄断的客观要件,不能将行政垄断与纯粹的行政违法区别开来。综上,作者不主张将“滥用行政权力”作为行政垄断的客观要件。行政垄断的客观要件,要从行为要件与结果要件两个方面去把握。行为要件,即行政主体的行为必须是行政行为,非行政行为不能构成行政垄断;结果要件,即行政行为“在一定交易领域内实质性地限制竞争”。所谓“一定交易领域”,即“成立了竞争关系的市场”,所谓实质性地限制竞争,是指“几乎不可能期待有效竞争的状态”[5]。

---

① 孔祥俊,张步洪主编:《反不正当竞争法例解与适用》,北京:人民法院出版社 1998 年版,第 108 页。

② 吴炯:《反不正当竞争法答问》,北京:中国经济出版社 1994 年版,第 74 页。

③ 黄欣,周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,载《中国法学》2001 年第 3 期。

④ 参见胡建淼主编:《行政违法问题探究》,北京:法律出版社 2000 年版,第 292—293 页。

⑤ 王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

第二章　行政垄断的分类

行政垄断遍及我国经济生活中的各个行业和领域，表现形式繁杂。为了进一步了解和认识行政垄断，为控制行政垄断提供有助益的参考，本章对行政垄断的分类进行探讨。

对行政垄断进行分类，应有具体依据或标准。当前学界对行政垄断的分类都没有具体依据和标准，因而较为混乱：有人将行政垄断分为地区性行政垄断与行业部门性行政垄断两类[①]；有人将行政垄断分为国家垄断、行政公司垄断、地区行业垄断三类；有人将行政垄断分为地方贸易壁垒、部门贸易壁垒、政府限定交易、设立行政公司四类等[②]；有人将行政垄断分为实业性垄断、金融垄断、中介机构垄断、精神产品生产的垄断、地方封锁等五类[③]。从逻辑上说，没有具体标准的分类很难周延。当然，这并非因为学界对此问题有所忽略，而实在是因为行政垄断的表现形式太复杂。本章对行政垄断的分类以《中华人民共和国反垄断法(大纲)》(1998—2000 年专家建议稿)，及行政法学关于行政行为的分类为基本依据。

一、地区封锁、部门垄断、强制交易与强制联合限制竞争

由政府官员和专家学者共同起草的《中华人民共和国反垄断法(大纲)》，专章对行政性垄断问题作了规定。根据其规定，行政垄断可分为地区封锁、部门垄断、强制交易、强制联合限制竞争等四类。

(一) 地区封锁

地区封锁又称“横向垄断”或“块块垄断”，是最典型的、也是最严

---

① 邓保同：《论行政性垄断》，载《法学评论》1998 年第 4 期。

② 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

③ 魏杰：《市场经济前沿问题——现代经济运行方式》，北京：中国发展出版社 2001 年版，第 64—65 页。

重的行政垄断形态，指地方政府及其所属部门为了本地区利益，利用行政权力排斥、限制竞争的行为。《反不正当竞争法》第7条"政府及其所属部门不得滥用行政权力限制外地商品进入本地市场销售，或者限制本地商品流向外地市场"是对地区封锁的禁止性规定。依该规定推演，地区封锁的基本形式有两种：限制外地商品（包括服务）进入本地市场和限制本地商品流向外地市场。

限制外地商品进入本地市场，主要是对那些对本地区同类产品的生产与销售构成竞争威胁的外地商品的市场准入进行限制。"南京市卫生防疫站滥用行政权力限制企业正当竞争案"① 是一个限制外地商品进入本地市场的典型案例。杭州"娃哈哈"食品集团公司是全国五百家大型企业之一。1992年3月，"娃哈哈"公司新开发的产品——"娃哈哈"果奶初闯南京，立即引起轰动，很快在同类产品中脱颖而出，并由南京向周围其他县市辐射。1992年6月5日，南京市卫生防疫站在当地新闻媒体上，公开宣布"娃哈哈"果奶为不合格产品，并禁止在南京地区销售。外省不少报纸相继转载了南京市新闻传媒的有关报道，"娃哈哈"集团的利益受到极大损害。"娃哈哈"公司对南京市卫生防疫站的检测结论有异议，认为南京市卫生防疫站突然改用卫生部1989年颁布的GB11673标准来检测果奶的脂肪和蛋白质指标做法不妥，因为工业部、国家技术监督局等部门曾明确批复，"娃哈哈"果奶这类产品无国家（行业）标准，可以按企业标准组织生产和销售。而且果奶在南京上市和做广告事先经过南京市卫生防疫站同意。为平息争端，卫生部卫生监督司专门下发文件，同意"娃哈哈"果奶继续生产和销售，并准备组织专家进行论证，对"娃哈哈"果奶这类新产品制定国家标准。在善后处理中，防疫站又提出：必须将已进入南京市场的所有产品立即收回，换上新的标签和说明书才能上市销售。"娃哈哈"公司表示接受，但请求给一点时间来进行更改标签的工作，防疫站坚持要求立即更改标签才准予销售。

限制本地商品流向外地市场，主要是对本地产原材料运出本地

---

① 案例源自孔祥俊，张步洪主编：《反不正当竞争法例解与适用》，北京：人民法院出版社1998年版，第114页。

进行禁止或限制，如为了保护当地丝绸企业多赚外汇而不准外地经营者收购蚕丝等。“湖南省新化县天龙山乡人民政府滥用行政权力限制竞争案”[①]是一个限制本地商品流向外地市场的典型案例。湖南省新化县天龙山乡盛产石墨，天龙山乡人民政府为了垄断货源，独家经营，成立了天龙山石墨总公司。1993年6月22日，天龙山乡人民政府与毗邻的冷水江市三尖乡（也是石墨产地）人民政府联合发布了《关于加强石墨资源管理的联合公告》，规定“两乡人民政府授权各自的石墨公司对本乡的石墨产品统一经营管理，实行统购统销，其他个人不得从事经营活动，各矿洞生产的石墨矿砂，按乡属分别由石墨公司统一收购，统一销售”；“石墨销售外运，应随车持有本乡石墨公司开具的‘放行证’或其他证件。对途经本乡装有石墨的车辆，两乡的检（稽）查人员有权进行检查，凡无‘放行证’的一律予以没收，并视态度情节处以100—500元罚款”。1993年10月，天龙山乡未经省政府批准擅自在途经该乡的邵（阳）新（化）公路寒婆坳村路非法设立检查站，同时授权天龙山石墨总公司行使“行政执法”与“行政处罚权”，对装运石墨的车辆进行检查，对违反石墨统购统销规定的单位和个人，除没收、罚款、收取管理费外，还对有关人员进行吊打或对单位领导予以撤职。

根据2001年4月国务院发布的《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》，地区封锁的具体表现形式有：(1) 限定、变相限定单位或者个人只能经营、购买、使用本地生产的产品或者只能接受本地企业、指定企业、其他经济组织或者个人提供的服务；(2) 在道路、车站、港口、码头或者本行政区域边界设置关卡，阻碍外地产品进入或者本地产品运出；(3) 对外地产品或者服务设定歧视性收费项目、规定歧视性价格，或者实行歧视性收费标准；(4) 对外地产品或者服务采取与本地同类产品或者服务不同的技术要求、检验标准，或者对外地产品或者服务采取重复检验，重复认证等歧视性技术措施，限制外地产品或者服务进入本地市场；(5) 采取专门针对外地产品

① 案例源自国家工商行政管理局公平交易局：《不正当竞争案例精选》，北京：工商出版社1996年版，第60—63页。

或者服务的专营、专卖、审批、许可等手段，实行歧视性待遇，限制外地产品或者服务进入本地市场；(6) 通过设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人参加本地的招投标活动；(7) 以采取同本地企业、其他经济组织或者个人不平等的待遇等方式，限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人在本地投资或者设立分支机构，或者对外地企业、其他经济组织或者个人在本地的投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇，侵害其合法权益；(8) 实行地区封锁的其他行为。

(二) 部门垄断

部门垄断，又称"纵向垄断"或"条条垄断"，是中央政府部门或地方政府部门(含受权管理某一行业的全国性或地方性行政性公司)为了本部门的利益利用其合法拥有的经济规制权，排斥、限制、禁止竞争，损害其他经营者或消费者权益的行为。部门垄断的基本形式有部门分割与垄断性定价两种。

部门分割是中央政府部门或地方政府部门利用经济规制权限制、排除、禁止本行业以外的经营者从事某种经营活动。部门分割在改革开放初期比较常见，因为当时国家行政机关是根据行业对口设置的，政府部门总是与特定行业胶着在一起，同时还存在一个行业多重部门管理的现象，从而不可避免地产生部门利益冲突和部门分割。随着政府行政管理体制改革的深入，行业行政管理部门大大减少，部门分割也相应减少。但如果行政管理部门有行业规制权又没有相应的制衡机制，那么部门分割是难以消除的。当前邮政部门禁止、限制其他经营者经营报刊发行(如实例三)、禁止其他经营者从事速递业务的行为就是典型的利用行业规制权，限制本部门以外的经营者参与竞争的行为。

垄断性定价是中央政府部门或地方政府部门违反价格法的规定制订商品或服务价格的行为。这种垄断发生于对公用企业拥有行政管理权特别是有事实上的定价权的政府部门。公用企业属自然垄断行业，具有垄断性、公益性、不可选择性等特征，往往享有独家经营地位。为了防止公用企业滥用其独占地位，政府一般要对其进行价格管制，为了防止管制部门被被管制部门"捕获"，价格法特别设计了价格

听证制度，规定政府制订关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应由政府价格主管部门主持举行听证程序，没有经过听证程序的定价行为，即为垄断性定价。当前垄断性定价较严重的部门有电信、铁道、自来水等。

部门垄断与地区封锁在主体方面有部分交叉，如地方政府部门既可能是地区封锁的实施者，也可能是部门垄断的实施者，这种交叉将影响人们对部门垄断与地区封锁的识别。如果发生这种情况，可从以下三个方面予以辨识。第一，排斥、限制、禁止竞争的范围。部门垄断与地区封锁排斥、限制竞争的范围是不同的。地区封锁排斥、限制的是不同地区间生产同类产品的企业之间的竞争。部门垄断排斥、限制的是不同部门间的竞争。地区封锁可能覆盖该地区的几个行业，但这是地区封锁而不是部门垄断，部门垄断也可能跨越几个地区，但这是部门垄断而不是地区封锁。第二，排斥、限制、禁止竞争的手段。地区封锁的手段多式多样，包括工商管理、税务、价格、信贷、计量管理、卫生检查、能源供应、物资供应、技术监督等等。部门垄断的手段比较单一，只能动用本部门所享有的行政管理权力。第三，排斥、限制、禁止竞争的目的。地区封锁以保护地方利益为目的，部门垄断以保护部门利益为目的。

（三）强制交易

强制交易是中央政府部门、地方政府或其所属部门利用行政权力，限定或变相限定他人只能将商品出售给自己、自己指定的经营者，或限定他人只能购买其指定的经营者的商品（服务），从而排挤其他经营者进行公平竞争的行为。基本形式有强制出售和强制购买两种。

强制交易有两个特殊构成要件：第一，要有强制交易事实。强制交易事实既可以是直接（现实）的，也可以是间接（潜在）的，并非只有行政机关规定如果不按其命令行事就会受到惩罚这种情况才属于强制，有时行政机关给经营者某些优惠经营条件也可以对其他经营者或消费者构成强制。如福建某镇盛产水蜜桃、油柰等水果，每年需要大量纸箱、桃筐等，为了谋取经济利益，该镇财政所给某一纸箱店制

定了一项优惠政策，买他们的纸箱或桃筐，减收特产税：一车油柰可减税110—220元，一吨水蜜桃可减税44元。尽管该财政所没有强制水果商必须购买该纸箱店的纸箱、桃筐，但水果商还是“争相”购买。[①] 依常理，水果商是不愿购买高价纸箱的，但在本案中，如果水果商不购买该店的商品，就享受不到税收优惠。显然，这也是一种强制，一种间接强制。第二，强制交易的目的是为了排挤其他经营者进行公平竞争。以排斥竞争为目的是强制交易一个非常重要的、必不可少的条件。对此要件，立法规定似乎不甚明确。《反不正当竞争法》第7条第1款规定：“政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。”从语法角度分析，条款中两个“限制”是一种并列关系，而不是一种目的关系，即根据条文看不出后一“限制”是前一“限制”的目的。据此看来，强制交易的另一个构成要件在立法中不恰当地被省略了。

强制交易在理论上是一种独立的、与地区封锁、部门垄断相并列的行政垄断形态，但在实践层面上，强制交易又是地区封锁或部门垄断的方式或手段。如某县规定本地产优质烟叶只能卖给本地烟草公司，不能卖给外地烟草公司；某镇规定农户只能购买本地产化肥，购买外地产化肥要予以没收，都属于行政机关的强买强卖行为，但这些强买强卖行为的目的是为了阻止本地商品流往外地市场或外地商品流入本地市场，符合地区封锁的构成要件，应将其归为地区封锁。作为独立垄断形态的强制交易，是对地区封锁、部门垄断两种垄断形态不能涵盖的强买强卖行为的总括，因为现实中有些行政机关的强买强卖行为既不能归入地区封锁，也不能归入部门垄断，但确实对市场竞争有严重阻碍，因此，必须将它们作为独立的垄断形态来处理。比如某市教育局曾发文，要求全市普中、职中一年级新生学籍照片按照统一的尺寸、色彩、背景拍摄，并委托该市教育实业公司统一组织巡回上门服务，在拍摄遇到阻力的情况下，该局工作人员声称：不按“三统一”标准拍摄的照片不能办理新生学籍卡。此举严重损害了该市各

---

① 《古田县平湖镇财政所开店买货者减税》，载《法制日报》，2001年1月13日，第3版。

地学校附近照相馆的利益，因而遭到他们的极力反对。[①] 此例可作为强制交易这一独立垄断形态存在的实证。在理论层面上，强制交易与地区封锁、部门垄断的区别可简括如下：地区封锁、部门垄断排斥、限制竞争的范围在本地区、本部门范围之外，被排斥、限制的对象是外地区、外部门经营者；强制交易限制竞争的范畴在本地区、本部门之内，被限制、限制的对象是本地区、本部门经营者。

强制交易在现实经济生活中的表现形式主要有：(1) 明确规定在行政辖区范围内只能将某些非指令性计划产品销售给指定的企业，如规定农民只能将某种农副产品卖给供销合作社。(2) 履行某些重要社会管理职能的行政机关，以明示或暗示方式，要求企业、其他社会组织和个人必须到自己的挂靠企业购买有关商品或接受有关服务，如不服从，将可能受到报复。如某市公安局通知辖区内的单位只能购买和使用该局挂靠企业消防器材厂的消防器材和设备。(3) 限定客户和消费者购买行政部门关系户的商品。如某县教育局限定所属学校只能到某一商店购买办公用品。(4) 限定客户和消费者接受指定单位的有偿服务。如某市旅游局规定，凡到该市旅游的人只能到其指定的旅游定点饭店住宿等。(5) 行政部门在为市场主体服务时，强制搭售某种商品。(6) 为推销指定企业的产品而阻挠、破坏他人达成交易等。

(四) 强制联合限制竞争

强制联合限制竞争指中央政府部门、地方政府或其所属部门利用行政权力强制本地区或本部门企业联合以排斥、限制或妨碍市场竞争的行为。湖南省平江县政府出面组织平江县长石粉集团有限公司的行为就是典型的强制联合限制竞争的行为。据报载，湖南省平江县是长石的主要产地，20 世纪 90 年代因当地生产厂家众多，在对外销售时不断压价，为对外统一定价，防止竞相压价，平江县政府出面组织平江县长石粉集团有限公司，对外统一经营和定价。[②] 显然，政

---

① 资料来源于孔祥俊：《公平交易执法前沿问题研究》，北京：工商出版社 1998 年版，第 163 页。

② 《凑成的"集团"难息价格战》，载《中国经济时报》，2000 年 1 月 6 日。

府组织集团的目的和后果就是限制市场竞争。与强制交易一样，强制联合限制竞争也有两个构成要件：第一，客观上要有强制联合的行为；第二，主观上这种行为的目的是为了排斥、限制或妨碍市场竞争。正确把握这两个构成要件，是我们甄别强制联合限制竞争、联合限制竞争及其他行政强制联合行为的关键。

企业联合是市场经济中的正常现象，但我国的企业联合是在政府的领导或推动下开展起来的，自始至终是一种政府行为。早在1980年7月1日，国务院就颁布了《关于推动经济联合的暂行规定》，第一次提出了推动横向经济联合的政策。以后，国务院、国务院各有关部门及地方政府都出台了旨在促进企业联合的行政规章、地方性规章。如在1986年，国务院颁布了《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》，同年3月29日财政部发布了《财政部关于促进横向经济联合若干问题的暂行办法》、《关于横向经济联合若干税收问题的暂行办法》。尽管有关部门制定这些规章时，意识到或预见到企业联合将会有行政干预的情况，并且在这些文件中作了一些预防行政干预的原则性规定。如1980年颁布的《关于推动经济联合的暂行规定》中规定，在企业联合中，"要尊重企业的自主权，不要搞不合理的行政干预"。《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》也规定，不得从本位利益出发，干涉那些跨地区、跨部门、跨行业的联合，要防止那些采用行政办法拼凑各种所谓的经济联合组织的行为。不允许在联合组织上面再加一层行政性的公司，或者把现有的行政性公司换个牌子当做联合组织，不准行政性公司干涉企业的经济联合。但这些文件同时规定，政府在企业联合中应发挥领导与推动作用，这种规定为政府对企业联合进行干预提供了依据。因而，在实践中，强制联合的情况屡见不鲜。

强制联合限制竞争与作为经济垄断表现形式之一的联合限制竞争都是通过企业联合的途径达到限制竞争的目的，因此，这两种垄断形式的主观构成要件是相同的，但我们决不能因此而混淆这两种垄断形式。因为两者的客观构成要件完全不同：前者的联合是被迫的、强制性的，非出于联合各方自己的意志；后者的联合基本上是自愿的、非强制的，是联合各方的真实意思表示，这是两者的本质区别所

在。除此之外，强制联合限制竞争与联合限制竞争还有以下几个区别：第一，两者主体不同。前者的主体是中央行业管理部门和地方政府或其所属部门；后者的主体是市场经济组织。第二，前者以行政命令、决议、决定等抽象行政行为为基础；后者以联合各方达成的协议为基础。第三，前者以维护地方、部门利益为目的；后者以联合各方避免竞争损失或获取垄断利润为目的。第四，前者包括强制企业合并、兼并；后者不包括企业合并、兼并。

强制联合限制竞争的主观要件，是区分强制联合限制竞争与其他行政强制联合行为的界标。把握这一界标，对我们准确辨识强制联合限制竞争行为，并及时采取措施，而又不影响国家的经济体制改革有着重要意义。在经济体制改革过程中，鉴于我国条块分割、企业规模小、资金分散、技术力量不强、生产效率低等客观经济现实，国家采取了鼓励发展规模经济的政策。发展规模经济有两条途径：一是内涵发展的途径，即企业通过积累资金、改进技术扩大生产经营规模；二是外延扩张的途径，即通过企业兼并、联合扩大企业规模。实践中外延扩张方式又可分为两种：第一种是没有政府介入的企业之间的协议联合（兼并）；第二种是有政府介入的，即由政府出面的强制联合，政府介入的强制联合俗称“拉郎配”，“拉郎配”违背“自愿、公平、等价有偿、诚实信用”的市场原则，损害企业的经营自主权是确定无疑的。但并非所有的“拉郎配”都属于行政垄断。实践中，政府强制企业联合的动机与目的有多种，如有的是“劫富济贫”，即强迫经济效益好的企业接受某些经济效益不好的企业，有的是为了应对外地企业的竞争，有的是为了减少本地企业或本部门企业的竞争。根据强制联合限制竞争的构成要件，只有后两种情况才属于强制联合限制竞争。可见，并非所有的行政强制联合行为都是行政垄断行为。

强制联合主要表现为以下几种形式：(1) 强制本地区、本部门的企业组建企业集团；(2) 强制本地区、本部门的企业联合；(3) 强制本地区、本部门的企业组建行政性公司；(4) 强制联合定价；(5) 强制联合拒销、拒购；(6) 强制企业停止竞争，以协议方式决定生产、销售数量或范围。

上述四种垄断形态虽然在现实经济生活中都存在，但轻重程度

是不同的。比较而言,地区封锁、部门分割是最严重、最典型的行政垄断形态,需要予以重点控制。

二、抽象行政垄断与具体行政垄断

这种分类的依据是行政法关于具体行政行为与抽象行政行为的分类。以行政行为的方式方法为标准,行政法学将行政行为分为具体行政行为与抽象行政行为两种。抽象行政行为是指行政机关制定和发布普遍性行为规范的行为,一般不针对特定对象,而是规定在一定情况和条件下,行政机关和被管理一方的行为规则和权利义务关系,因而具有普遍约束力。抽象行政行为又可为两类:一类是行政机关制定行政法规、行政规章的行为,可称为行政立法行为,另一类是行政机关制定、发布具有普遍约束力的决定、命令的行为,可称为制定一般规范性文件行为。具体行政行为是指行政机关针对特定对象,并对特定对象权利义务产生影响的行为。[①] 行政行为是行政垄断的外部表征,因此可依行政法关于行政行为的分类标准对其进行分类。

(一)抽象行政垄断

所谓抽象行政垄断,指行政主体采用制定行政规章和一般规范性文件的方式实施的行政垄断。这种垄断形态有以下特点:第一,对象不特定。所谓对象不特定,是指这种垄断形式限制、排除、禁止竞争的对象是不特定、非具体的。如前引"湖南省新化县天龙山乡人民政府滥用行政权力限制竞争案",天龙山乡人民政府与冷水江市三尖乡人民政府联合发布的《关于加强石墨资源管理的联合公告》这一规范性文件针对的并非某一具体经营者,而是其辖区内所有石墨经营者。第二,可反复适用。可反复适用就是作为抽象行政垄断载体的行政规章或其他规范性文件能长时间地重复发生效力。如作为机场建设费征收依据的《关于整顿民航机场代收各种机场建设基金的意见》,自1995年发布以来就一直沿用至今。第三,不可诉。所谓不可诉,就是即使抽象行政垄断损害了行政相对人的具体权益,行政相对人也不

---

① 罗豪才主编:《行政法学》(修订本),北京:中国政法大学出版社1999年版,第120—121页。

能因此向法院提起诉讼。根据《行政诉讼法》第12条第2款的规定，公民、法人或其他组织对行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令提起诉讼，人民法院不予受理。第四，危害广泛。尽管抽象行政垄断并不针对具体对象，但这并不意味着这种垄断就不对具体对象产生危害。恰恰相反，由于抽象行政垄断针对的是不特定多数人，因而其损害的往往是多数人的利益。这说明，抽象行政垄断的受害者是比较广泛的。此外，因抽象行政垄断具有反复适用性，因而，这种危害性往往能持续较长时间。

（二）具体行政垄断

所谓具体行政垄断，是指这种垄断形式是通过行政主体的具体行政行为实现的。具体行政垄断有以下两个特点：第一，对象的特定性。即具体行政垄断所限制、排除、禁止竞争的对象是某一具体的经营者。如前引“南京市卫生防疫站滥用行政权力限制企业正当竞争案”[①]，就是典型的通过具体行政行为实施的行政垄断。南京市卫生防疫站的决定只对“娃哈哈”公司有约束力，对其他公司不发生约束力。第二，具有可诉性。依据我国法律规定，具体行政垄断的受害人可以申请行政复议或提起行政诉讼。

将行政垄断划分为具体行政垄断与抽象行政垄断的意义在于现行法律对这两种垄断形态的态度不同。一如前述，对于抽象行政垄断，受害人不能提出侵权之诉，法院也无权对之进行司法审查，而对于具体行政垄断，受害人可提起侵权诉讼。在现实经济领域中，抽象行政垄断要多于具体行政垄断，而且很多具体行政垄断也是以抽象行政垄断为依据实施的，因而，控制抽象行政垄断应该成为反行政垄断的重点。

当然，具体行政垄断与抽象行政垄断的划分是相对的。有学者曾举例对两者的相对性作了说明。某县城只有一家啤酒批发商店，该县政府为了保护地方经济作出一个决定：本地的啤酒批发商不得经营外地啤酒。若经营外地啤酒，罚款3万元。从该决定的对象看，在该

---

① 案例源自孔祥俊，张步洪主编：《反不正当竞争法例解与适用》，北京：人民法院出版社1998年版，第114页。

决定发布的时候，其针对的对象是确定的，具有具体行政垄断的特征，即对象的特定性。但该决定在被有权机关撤销之前一直有效，而且此间随时可能有其他商店经营啤酒批发业务。因此，在该决定的有效期间，其对象又具有不确定性。另外，该决定还可反复适用。显然，这一决定又具有抽象行政垄断之特征。然而，如果据此认定该决定是抽象行政垄断，从而排除其可诉性，显然值得商榷。[①] 该学者所列举的情况在现实中是经常存在的。影响较大的例子如铁道部作出的《关于 2001 年春运期间部分旅客列车实行票价上浮的通知》，究竟是抽象行政垄断，还是具体行政垄断，在学术界就有很大的分歧。这种边缘性情况无法在理论上进行详尽考察，只能由执法或司法机关根据具体情况处理。

三、作为的行政垄断与不作为的行政垄断

作为的行政垄断与不作为的行政垄断的界分，以行政法学行政行为理论关于行政作为与行政不作为的界分为理论依据。行政法学者以行政行为是积极作为还是消极不作为的表现形态为标准，将行政行为划分为行政作为与行政不作为。行政作为指行政主体主动实施的行政行为，而行政不作为“指行政主体负有某种作为的法定义务且具有作为之可能性，而在程序上逾期有所不为的行为，其实质是行政主体消极放弃行政权力的一种违法行政行为”[②]。这种划分不仅对行政行为理论的完善、对指导行政立法与行政执法具有重大意义，而且对于行政垄断的研究也有借鉴意义。

作为的行政垄断是行政主体主动设置市场进入壁垒、限制竞争的行为。这种垄断有明显的外部表征，如在本行政区域设置关卡，阻碍外地产品进入和本地产品运出等，因而一般容易识别。目前，学界与实务界着重关注的是这种行政垄断。不作为的行政垄断，主要是指担负着拆除市场壁垒、促进公平竞争法定义务的行政主体，对于所辖

---

① 甘文：《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》，北京：中国法制出版社 2000 年版，第 30—31 页。

② 周佑勇：《行政不作为判解》，武汉：武汉大学出版社 2000 年版，第 18 页。

区域内存在的妨碍竞争的市场壁垒不拆除的行政垄断。它的构成须具备两个基本前提条件：第一，行政垄断实施主体必须担负法定的消除市场壁垒、保护公平竞争的义务；第二，客观上存在着履行这种义务的能力。不作为的行政垄断由于行政主体并没有设置市场进入壁垒，表面上看起来不构成行政垄断，因而具有较大的隐蔽性，容易为人们所忽视。但在许多情况下，行政主体的不作为与作为一样能产生限制竞争的效果，比如行政主体对外地经营者在本地申请许可证不予理睬的行为，对本地经营者欺行霸市、排斥外地经营者竞争进行纵容、包庇的行为，不依法发布信息，限制或者排斥外地企业或其他经济组织或个人参加本地的招投标活动的行为等，都是一种不作为，都会产生限制外地经营者参与本地市场竞争的结果。

将行政垄断界分为作为的行政垄断与不作为的行政垄断的意义，首先在于引起理论界与实务界对不作为行政垄断的重视。消除市场壁垒、维护公平的竞争秩序是世界各国政府的基本任务之一，我国相关法律也明确将其规定为各级政府或其所属部门的责任。如《反不正当竞争法》第 3 条规定："各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。"2001 年 4 月 21 日国务院发布的《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》第 2 条也规定："各级人民政府及其所属部门负有消除地区封锁、保护公平竞争的责任，应当为建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系创造良好的环境和条件。"可见，清除市场壁垒、保护公平竞争是各级政府或其所属部门的法定义务，不履行这种法定义务，就属违法。根据"有违法，必有制裁，有侵权，必有救济"的法谚，对这种不作为的违法行为，应有具体的法律措施予以补救，而这种法律补救措施正是我国法律缺乏、急需加以完善的。将行政垄断界分为作为的行政垄断与不作为的行政垄断的另一个意义，在于明确这两种垄断形态产生的法律后果是不同的：作为的行政垄断所产生的法律后果，是导致行政垄断的行政行为的无效、被撤销、行为者承担损害赔偿责任等；而不作为的行政垄断产生的法律后果，一般是责令其履行法定义务。

第三章　行政垄断的主要成因

只有找准了行政垄断的成因，才能开出有效的遏制行政垄断的"药方"。基于这一共识，学界对行政垄断的成因进行了探索和分析。归纳起来，行政垄断的成因大体有如下几个方面①：第一，体制改革不彻底。政治国家与市民社会的边界，特别是政府与企业的边界还没有得到明确的清晰的界定。第二，经济结构不合理。各地产业结构呈现严重的趋同现象。第三，利益驱动。地区、部门利益的强化是行政垄断产生的内在动力，是行政垄断屡禁不止的根本原因。第四，利益配置不合理。因社会干预或分配规则不力或不当，导致有的行业收入过高，有的行业收入太低，为了生存，那些收入太低的行政部门的人员难免"穷则思变"，做出一些不法行为来。第五，法律制度不健全。一方面，法律对行政垄断表现形式的规定太简单，范围太窄，且法律责任规定太轻；另一方面，对行政垄断的监督检查力度显得不够。第六，政府干预意识太强，法治意识淡薄。一些政府及其所属部门想让别人都要当"顺民"，而自己又不做遵纪守法和依法办事的模范，常常置法律规定于不顾，实施行政垄断行为。在《反不正当竞争法》明确禁止行政垄断，中央三令五申禁止封锁、分割市场的情况下，一些政府仍然是置若罔闻、我行我素。第七，商品经济不发达，公民缺乏市场竞争意识。

应该承认，学界对行政垄断成因的分析，是比较全面的。如果就原因论原因，并无不妥。但联系研究行政垄断成因的目的来考量，上述分析尚有进一步梳理、深化的必要。行政垄断的成因是极其复杂的：既有历史原因，也有现实原因；既有经济原因，也有政治原因；既

---

① 参见种明钊主编：《竞争法》，北京：法律出版社 1997 年版，第 319—323 页；张淑芳：《行政垄断的成因分析及法律对策》，载《法学研究》1999 年第 4 期；孔祥俊：《反垄断法原理》，北京：中国法制出版社 2001 年版，第 831—832 页；国家计委宏观经济研究院课题组：《打破地方市场分割对策研究》，载《经济研究参考》2001 年第 27 期。

有观念原因，也有制度原因；既有直接原因，也有间接原因。而辩证唯物主义关于主要矛盾与次要矛盾关系的基本原理启迪我们：控制行政垄断必须抓住主要矛盾，不能眉毛胡子一把抓。显然，当前学界对行政垄断成因的分析并没有分清主次。

对本章开首所列举的行政垄断的七个成因进行考察，作者认为，第二、第七等两个因素并不是行政垄断产生的主要原因，他们对行政垄断的形成只起间接作用或次要作用。产业结构趋同与行政垄断并不存在必然的因果关系。经济学家们认为，产业结构趋同属于经济生活中的正常现象，这种现象随着竞争的展开将逐渐消失。中国产业结构趋同的现状之所以在相当长时间内没有改变，是因为有行政垄断存在。正是因为行政垄断使效益好的企业不能进入相关地域市场，使效益差的企业不能及时从生产领域中退出，才导致地区间产业结构趋同。因此，产业结构趋同与行政垄断间的因果关系，与其说是产业结构趋同导致了行政垄断，不如说是行政垄断导致产业结构趋同。而商品经济不发达，公民竞争意识不强与行政垄断间的关系就更疏远，因为行政垄断归根到底是行政主体而不是由行政相对人实施的限制竞争行为。

许多人将行政垄断产生的根源归之于政治经济体制改革不彻底，这种说法绝对没有错。但作者在此场合不主张将行政垄断的主要成因归之于体制问题，甚至反对用“体制问题”或“体制改革不彻底”等语词来解释行政垄断这类具体问题的成因。理由主要有两点：第一，“体制问题”、“体制改革不彻底”等语词过于抽象和模糊，对于具体问题的解决无所助益；第二，将各种具体社会问题的根源归结为“体制问题”容易为某些人推卸责任或从事违法活动提供冠冕堂皇的托辞。当前在中国学界、民间乃至政界存在这样一种时尚，即将目前中国存在的各类具体社会问题的成因最终都归结为“体制问题”。这种时尚实质上隐含着这样一种逻辑：具体社会问题必须通过深化体制改革才能解决，而体制改革既不是我的责任，也不是你的责任，既不是某个领导个人能解决的，更不是普通老百姓能解决的；在体制没有发生根本变革之前，做出一些违法的事情来也不是违法者的原因，而是体制使然。显然，将各类社会问题归之于人人都没有责任、人人

都无力解决的“体制问题”能使绝大多数人心安理得。

基于上述考虑，本章对行政垄断主要成因的分析将从以下三个层面展开：第一个层面是行政性分利集团的产生，这是行政垄断产生的前提条件；第二个层面是利益分配制度不合理，这是行政垄断产生的根源；第三个层面是控制行政垄断的有效法律制度的缺失，这是行政垄断扩散的重要原因。

第一节　行政性分利集团的产生是行政垄断产生的前提

一、行政性分利集团的含义

“分利集团”或称“利益集团”，一般指“一个持有共同态度、向社会其他集团提出要求的集团”。[①] 美国著名经济学家奥尔森在《国家兴衰探源》这一著作中提出并论证了以下观点：允许自由地建立各种组织而又长期没有动乱或入侵的国家，其经济增长受到分利集团的阻碍和危害也更严重。奥尔森认为，分利集团之所以会阻碍经济增长，主要是由于这些特殊利益集团具有排他性，它们阻碍了技术进步、资源的流动与合理配置；它们降低了生产经营活动的报酬，而提高了利用法律、政治与官僚主义进行讨价还价等活动的报酬；它们提高了社会交易成本而降低了社会经济效益。奥尔森说：“希望采取集体行动以增加其收入份额的组织，不会关心社会总收益的下降或‘公共损失’。因此之故，用分蛋糕来比喻社会收益的重分配还不够恰当，更近似的比喻是在瓷器店里争夺瓷器：一部分人虽然多拿了一些，但还会同时打破一些本来大家可以分到手的瓷器。”[②]

奥尔森关于分利集团阻碍经济增长的观点特别适合于分析中国的行政垄断。因为：第一，行政垄断所谋取的利益也是(至少表面上是)一种集团利益；第二，行政垄断的结果也不是增加了社会总收入，

① 〔美〕D. 杜鲁门：《政府程序》，转引自李道揆：《美国政府和美国政治》，北京：中国社会科学出版社 1990 年版，第 271 页。

② 〔美〕曼库尔・奥尔森：《国家兴衰探源》，北京：商务印书馆 1999 年版，第 51 页。

而是减少了社会总收入。因此，本书将各类行政垄断实施主体看做是有自己共同利益的分利集团。当然，这种分利集团与奥尔森所说的行会、工会、卡特尔及院外活动集团等分利集团在性质、形成方式及所代表的利益种类等方面都有所区别。从性质上说，奥尔森所说的分利集团不管是行会、工会还是卡特尔都应属于私法人或社团法人，而行政垄断实施主体绝大部分属于公法人；从形成方式来看，行会、工会、卡特尔等组织一般是通过自由组合方式（有时也有强制）建立起来的，而行政垄断的主体则是经由法律规定或行政安排形成的；从所代表的利益来看，行会、工会、卡特尔等所代表的利益一般来说是单一的，即集团成员的共同利益，这种利益从性质上说是与公共利益相对的私利，而行政垄断实施主体所代表的利益比较复杂：从性质上说既有公利，也有私利，从种类上说，有国家利益，也有集体利益，甚至还有个人利益。基于此，本书将行政垄断实施主体称为行政性分利集团，以示其与奥尔森所述之分利集团有所区别。

二、行政性分利集团的产生

无论是从政治学上分析，还是从经济学上分析，某些行政性分利集团必须存在。比如说地方政府，从政治学上说，赋予地方政府以相对独立的自治权是民主政体的客观要求和重要表征；从经济学上说，地方政府能比中央政府更了解本地居民的意愿和需求，能比中央政府提供更好的、更有效率的公共服务，同时行政性分利集团的存在，还可使他们相互竞争，从而提高社会的整体福利。[①] 因此，承认诸如地方政府这类分利集团的合法存在，是符合社会发展要求的，甚至可以这样强调，要使社会能获得更快的发展，必须承认这类分利集团的合法性，必须保护它们的合法权益。

受“社会成员根本利益一致”这种意识形态的影响和制约，中华

① 米歇尔·波特在其畅销书《国家的竞争优势》(1990)中，对日本、韩国、新加坡、美国和6个欧洲国家进行了比较研究之后，得出了这样的结论：国内的地区间竞争，加上有进入国际大市场的机会，乃是这些国家中成功的工业部门拥有国际竞争力的关键。奥茨和舒瓦伯在1988年发表了一篇专门讨论地方政府之间的竞争与经济增长关系的论文。他们的研究表明，在一般情况下，地方政府之间的竞争确实有利于增进社会福利。

人民共和国成立以后的近三十年，不仅个人利益遭到唾弃，而且地方利益也是被否定的，整个社会其实只有一个利益主体，那就是国家。在这种一元化的利益格局中，整个社会的经济活动都是以国家为中心展开的，其基本表征，就是产品的生产、流通、分配、消费等都由国家统一安排。实践证明，这种通过否定地方利益、个体利益等特殊利益以追求普遍利益的做法，反而不利于普遍利益的增长。

中国共产党第十一届三中全会召开以后，中央政府开始承认特殊利益之合理性。中央政府对特殊利益合理性的认同主要是通过渐进式的行政性分权制度表现出来的。行政性分权制度的核心内容包括三个方面：下放财政权和税收权；下放基建项目审批权和投融资权；下放对国有企业的管辖权。①

第一，下放财政权和税收权。针对传统体制下财权过分集中的弊端，从 1980 年起，中央政府对大部分地区实行了“划分收支、分级包干”体制，简称“分灶吃饭”体制，即按照行政隶属关系划分中央和地方的收支范围，按照划分的收支范围和确定的收支基数，如果固定收入和固定比例分成收入加在一起大于支出，多余部分上缴中央；支出大于收入的，先用调剂收入弥补，若仍不足以弥补支出，则由中央财政给予定额补助。地方上缴中央比例和中央对地方补助数额确定后，五年不变。地方多收多支、少收少支，自求平衡。1985 年，在第二步利改税基础上，将“分灶吃饭”的具体形式改为“划分税种，核定收支，分级包干”，即按照税种和企业隶属关系，确定中央、地方各自的固定收入，另有共享收入，支出仍按隶属关系划分。1988 年中央政府又对财政体制进行了第三次改革，实行“财政大包干”，根据各地情况，分别实行了六种包干形式：(1) 收入递增包干。即根据地方支出基数和以前的年度收入增长情况，确定其收入递增率和留成、上解比例。在递增率以内的收入，按确定的留成、上解比例实行中央与地方分成；超过了递增率的收入全部留给地方。北京等 10 个省(市) 实行这种办法。(2) 总额分成。即在核定地方收支基数的基础上，以地方支出占

① 国家计委宏观经济研究院课题组：《打破地方市场分割对策研究》，载《经济研究参考》2001 年第 27 期。

总收入的比重,确定地方留成、上解中央比例。天津等3个省(市)实行此办法。(3) 总额分成加增长分成。即在总额分成办法的基础上,收入比上年实际增长的部分,除按总额分成外,另加增长分成比例。大连等3个计划单列市实行这种办法。(4) 上解递增包干。即确定上解中央收入的基数后,每年按一定比例递增上缴。广东、湖南实行此办法。(5) 定额上解。即按核定的收支基数的收大于支部分,地方按确定的固定数额上解中央。上海等3个省(市)实行这种办法。(6) 定额补助。即按核定的收支基数的支大于收部分,中央按固定数额给予补助。实行这种办法的有吉林等16个省(自治区)。[①]

第二,投融资权限下放。主要内容包括:(1) 简化基建项目审批手续。1984年以前,由国家计委审批的限额以上基建大中型项目的审批程序有五道,即项目建议书、可行性研究报告、设计任务书、初步设计和开工报告,从1985年起,减少到只批前两道。(2) 增加地方政府审批权限。如1984年10月国务院批转国家计委《关于改进计划体制的若干暂行规定》提出,生产性技术项目,按资金额划分的,国家计委的审批限额由1000万元以上提高到3000万元以上;1987年对能源、交通、原材料工业项目审批权限提高到5000万元以上;1988年对广东、福建、海南省和深圳、上海浦东开发区生产性投资项目,符合国家产业政策、各项条件能够自求平衡的提高到2亿元。(3) 扩大融资权限。以借用外资为例,地方、部门自借国外贷款的生产性建设项目总投资的审批权限,上海、天津、海南为3000万美元以下,北京、辽宁、大连、广州为1000万美元以下,其他省市和部门审批权限均为500万美元以下。(4) 扩大企业的投资决策权,使企业成为一般建设项目的投资主体。

第三,企业管理权限下放。这主要是指中央政府把对企业的管理权下放到省、自治区、直辖市这一级。经过多次下放,特别是经过1998年中央政府机构改革,中央直接管理的企业目前只有一百七十多家,其余都下放到地方各级政府。从剩余控制权和剩余索取权的角

① 详细内容参见贾康,阎坤:《中国财政:转轨与变革》,上海:上海远东出版社2000年版,第47—60页。

度看，地方管辖使地方政府拥有实际的所有权。

行政性分权的结果就是承认了地方利益的合理存在，使相对独立的地方利益在制度层面得到了肯定，行政性分利集团初步形成。从经验层面考察，这种分权的积极意义是非常显著的，自从行政性分权实施后，各级地方政府当家理财的积极性和主动性都有了较大的提高，地方经济与全国经济也取得了举世瞩目的发展。然而，由于这种分权只及于行政机关内部，在行政性分权这种制度变迁过程中，个体利益如企业利益和公民利益仍无法张扬。个体需要的满足如就业、收入的增加、住房等在很大程度上仍然要依附于政府，只是依附的具体对象稍有改变，即由依附于国家降格为依附于地方政府、政府部门或某一更低级别的单位。同时，政府官员的利益也与行政性分利集团的利益密切相关，上级政府常以行政性分利集团的经济效益等政绩来决定其官员的升迁，选民也主要以生活水平是否得到提高及生活质量是否得到改善来决定（如果他们有机会决定的话）其“父母官”的去与留。由此，中国的行政性分利集团比国外相应的团体承担了更重的责任，比国外相应的集团具有更强烈的最大化其所代表利益的冲动，这种强烈的逐利冲动成为产生行政垄断的前提条件。

第二节 利益分配制度不合理是行政垄断产生的根源

一、利益分配制度是影响行政性分利集团逐利方式的最重要因素

“有共同利益的个人组成的集团通常总是试图增进那些共同利益，这一点至少在涉及经济目标时被认为是理所当然的。”[①] 行政性分利集团获得制度上的承认之后，自然会为本集团成员利益服务，自然会以本集团所代表的利益的最大化为其行动目标，因此，我们不能再依往日的观念对之进行责难，不能因为行政性分利集团实施了有害于社会整体利益的行政垄断就指责行政性分利集团的利益就是狭

① 〔美〕曼库尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，上海：三联书店，上海人民出版社 1995 年版，第 1 页。

隘的利益。

至于行政性分利集团采取什么方式最大化其所代表的利益，受许多因素影响，其中集团本身拥有或控制的自然资源与人力资源的数量与质量、中央政府确定的利益分配规则、其他分利集团的竞争策略（在同一政治经济共同体中，不同分利集团之间的利益关系通常是竞争性的）等是最主要的因素。资源禀赋与行政性分利集团利益密切相关，如果分利集团本身所拥有或控制的自然资源非常丰富、人口素质高、交通便利，那么该集团就能依凭自身所拥有或控制的资源发展其经济，反之，其发展经济所必需之资源得大量“进口”，在这种境况下，分利集团利益最大化目标的实现在很大程度上就得依赖于他人。当然，现实中分利集团间资源禀赋差异的情况并非如此简单，实际情况可能是某些集团自然资源丰富，而人口素质低、交通闭塞，某些集团交通便利，但自然资源贫乏，然而，不管怎样，分利集团所拥有或控制的资源禀赋将直接影响分利集团的行为。中央政府确定的利益分配规则直接决定各行政性分利集团在社会存量利益或增量利益中的分配比例，进而决定了各行政性分利集团及其成员对各种需要的满足程度。如果根据中央政府确定的利益分配规则获取的存量利益或增量利益不能满足行政性分利集团及其成员的各种需要，或分配规则存在严重的缺陷如不公正，那么行政性分利集团将不再遵守中央政府确立的分配规则，而往往会采取一些于本行政性分利集团有利的措施对抗中央。此即所谓的“上有政策，下有对策”。其他分利集团的竞争策略也是影响逐利方式的重要因素，当竞争对手采取封锁市场的手段，不让本集团的资源流出或不让他分利集团的产品或生产要素进入，其他分利集团往往会采取“报复手段”，如同湖北与上海的汽车大战一样。在上述三个因素中，集团拥有或控制的资源的数量与质量特别是自然资源的数量与质量难以通过人的主观努力在短时间内予以改变，而且，随着知识经济的到来，资源禀赋对行政性分利集团逐利行为的影响将会日渐减弱，而其他分利集团的竞争策略在很大程度上是受前两个因素的影响或由其决定的，因此，中央政府建立的利益分配制度就成为影响行政性分利集团行为方式的最重要因素。

二、利益分配制度不合理是行政垄断产生的根源

行政性分利集团的利益分配制度，主要是财政分权制度。从理论上考察，合理的财政分权是有效率的，西方财政学学者从理论上证明，地方政府能比中央政府更好地识别本地公民对公共产品的偏好，并且认为地方公民有权对公共产品进行表决。W.E.奥茨也证明了由地方政府各自为本地区公民提供一个帕累托有效的产出量，总是比中央政府向全体公民提供任何的并且一致的产出量有效得多。那么，为什么中国的财政分权却导致了行政垄断这种无效率行为的产生呢？关键原因在于财政分权制度本身存在严重的缺陷：

缺陷一：按企业隶属关系划分财政收支范围，创造了分利集团投资于竞争性行业的激励，使行政性分利集团卷入了“市场竞争”的旋涡。“分灶吃饭”财政包干制按企业隶属关系划分收支范围，现行分税制在确定企业所得税归属时，仍保留了按行政隶属关系划分的做法：中央企业所得税归中央，地方企业所得税归地方。这种收入分配制度的必然结果就是促使行政性分利集团投资于竞争性行业，因为只有多办属于自己的企业，特别是多办那些效率高、见效快的企业[①]，才能使自己的税收最多，才能使自己的收入最多。

20世纪80年代，国家对绝大部分工农业产品实行政府定价，工农业产品的价格“剪刀差”非常巨大(最终产品价格很高，而主要原材料和农产品定价很低)，因此，办加工企业最有利可图。譬如1982年，固定资产的收益率在食品加工业中高达91%，在纺织工业中为81%，而在采煤业中低到只有3%。加工企业的异军突起是80年代中后期“棉花大战”、“蚕茧大战”、“桑叶大战”、“羊毛大战”、“啤酒大战”、“烟叶大战”产生的重要诱因。具体以卷烟业为例，卷烟工业属于“食品加工业”的范围。1982年，卷烟业每百元固定资产每年带来667元的利税。这个数字是整个工业平均数的31倍，是它的最接近的竞

① 投资“短平快”项目，与投资失误责任追究制度的缺失有关，也与政府官员的政绩观有关，行政性分利集团在成为投资主体之后，其项目选择一般应注重投资的预期收益，但政府官员更加关心投资的眼前收益，因为投资预期收益再大，也只是为他人做嫁衣。

争者制造业的10倍。第六个五年计划期间，卷烟业商品零售额只占全国零售总额的5%，却创造了100亿以上的年利润，几乎占政府财政总收入的10%。[①]由于卷烟业能带来可观的财政收入，因此各地纷纷建立了属于自己的卷烟厂，“烟叶大战”随即爆发。直至今日，来自烟草业的利税仍在许多行政性分利集团的财政收入中占有很大比重，烟草业效率的好坏直接影响分利集团的收支能力，由此，烟草行业的地区封锁与强制购买也就未曾止住。譬如，就在2000年，陕西汉中市政府就发动了较大规模的强制性“卖烟行动”。汉中市南郑县1999年前被称为“西北首富县”，主要是因为从1975年起汉中卷烟二厂在该县建成投产。1997年全县4.8亿元财政总收入中，汉中卷烟二厂上缴的税费就达4.247亿元，所占比例接近90%。1999年下半年国家对香烟的税率进行调整，由于该厂产品结构的原因，导致税费数额锐减，当年比往年少1.2亿元，2000年形势更严峻，比1997年约少2亿元。为了解决财政困难和企业困难，汉中市政府发文，要求各级政府加强本地卷烟销售，并制定了详细的任务配量表。为了完成任务，各县区政府在加大对外地卷烟“整顿”力度的同时，采取了抵扣工资、以买烟代罚款等手段摊销卷烟。[②]

到了90年代，汽车制造业成为新的价高利大、有利可图的产业。如一辆富康轿车1995年的市场价为12.46万元，其中政府征收的各种税费达4.58万元(企业生产过程纳税1.06万元，销售过程纳税费3.52万元)，占总售价的36.8%。用户落籍时还要一次性缴费6.22万元，相当于市场销售价的49.8%。若用于营运，其牌照拍卖费与轿车市场价格相当。[③] 因此，汽车业成了行政性分利集团的摇钱树。据统计，全国汽车行业一年的利润只有四十多亿元，而各地政府在汽车

① 〔美〕尼古拉斯·拉迪：《中国价格改革迟滞与地方保护主义造成的“寻租社会”》，载《经济社会体制比较》1989年第2期。

② 国家计委宏观经济研究院课题组：《打破地方市场分割对策研究》，载《经济研究参考》2001年第27期。

③ 赵英：《中国产业政策实证分析》，北京：社会科学文献出版社2000年版，第147页。

上的收费却高达1200—2000亿元。[①] 巨大的利益驱动，使全国绝大多数省份，不管有无汽车工业基础都将汽车列为自己的支柱产业，结果中国成了世界上汽车生产厂家最多的国家，由此，“汽车大战”不可避免。

“地方政府继续拥有企业，且企业收益归既得利益集团所有，将导致国内保护主义抬头，以及出现保护地方垄断的地区间贸易壁垒。”[②] 在市场退出制度如破产制度、设备报废与淘汰制度等尚未完善的情况下，行政垄断只会愈来愈严重。

缺陷二：现行利益分配制度没有缩小行政性分利集团间的经济发展差距，反面加大了这种差距，这主要体现于1994年的分税制中。为了避免因大幅度调整利益格局而对社会经济带来大规模震荡，1994年的分税制改革采取了中央不卸包袱，保地方既得利益和中央财政取之有度等渐进的、较温和的改革方式，继续以原包干制为基础，按照“存量不动，增量调整，逐步建立合理的财政分配机制和提高中央宏观调控能力”的原则进行。上述改革原则的具体体现，就是中央财政对地方税收返还数额，以1993年为基期年核定。按照1993年地方实际收入以及税制改革后中央和地方收入划分情况，合理确定1993年中央从地方净上划的收入数额，并以此作为中央对地方的税收返还基数，保证1993年地方既得财力。1994年以后，税收返还额在1993年基数上逐年递增，递增率按全国增值税和消费税增长率的1:0.3系数确定，即全国增值税和消费税每增长1%，中央财政对地方的税收返还增长0.3%。这种按基数法而不是按世界各国通用的因素法(如人口、人均GNP、地区教育水平、地区医疗水平、区域面积等)确定税收返还额的制度，固化了财政包干制形成的那种各地区财政负担不合理和财力分配不公平的状况，形成“富者多返还、贫者少返还”的局面，加大了地区差距。同时，分税制实施后，消费税、增值税

---

① 张可云：《区域大战与区域经济关系》，北京：民主与建设出版社2000年版，第52页。

② 理查德·M.伯德，罗伯特·D.埃贝尔，克里斯蒂·I.沃利克：《社会主义国家的分权化：转轨经济的政府间财政转移支付》，“中国财税进一步改革”课题组成员译，北京：中国编译出版社2001年版，第7页。

增量的大部分上缴中央，增量的30%留给地方，这一旨在鼓励地方开辟税源财力的措施对发达地区显然有利，而对那些财政自给能力较低、财政缺口较大的落后贫困地区而言，在中央拿走增值税增量大头后，地方财政与原有包干制相比相对下降。同时，随着时间的推移，中央财政对不同地区在财力上的倾斜和照顾呈递减趋势。[①] 这使得东西部地区的发展差距进一步扩大。

地区差距的拉大，导致生产要素尤其是人力资源和资金在地区间不均衡地流动，即导致人才和资金大量流向财政净收益较高的地区。这种情势将使不同地区的企业的产品在技术含量与生产成本等方面产生较大差异，使欠发达地区的企业在与发达地区企业的竞争中处于明显不利的地位。

缺陷三：利益分配制度缺乏规范性与稳定性。不管是20世纪80年代实施的“分灶吃饭”财政包干制改革还是90年代实施的“分税制”改革，都具有明显的应急性与过渡性。具体表现在：第一，没有明确事权就划分财权。划分事权是划分财权的前提和基础，事权划分不清，规范的财政分权制度根本无法建立。第二，财政分权制度的准备时间非常短暂。以分税制改革为例，1994年的分税制改革是在1993年6月前后党中央、国务院提出“加强宏观调控”，并作出于下一年度出台财政、税收及外汇等方面重大改革措施的决策后开始的，准备时间只有半年。在这半年时间里，有关部门抓紧进行了复杂的方案研究和设计、测算，以及相关各项实际工作事宜的筹备，包括与各地磋商，吸收意见、建议，调整具体实施方案等等。[②] 尽管这次改革总体上是成功的，但时间的紧迫性使改革的许多具体内容特别是地方上解、中央补助或共享分成比例和基数的高低的核定缺乏充分的客观性。第三，利益分配规则不是通过公开化、制度化的谈判机制，而是通过“一对一”的谈判机制形成的。“一对一”的谈判机制导致了“一省一率、一省一额”，分成比例千差万别局面的出现，同时也为此后各行政性分

---

① 郝春和：《财政转移支付制度与区域发展政策》，载《财经理论与实践》1997年第5期。

② 贾康，阎坤：《中国财政：转轨与变革》，上海：上海远东出版社2000年版，第148页。

利集团与中央政府讨价还价提供了口实。

由于利益分配制度规范性较差，因此分配规则常常被任意改变。在包干制财政体制下，由于地方上缴的收入已经包死，其收入不能随经济增长和国家财政收入总量同步增长，再加上通货膨胀的影响，导致中央财政收入实际上的萎缩，中央财政收入占 GNP 的比重和占总财政收入的比重均连年下降。在分税制财政体制下，由于中央政府不了解地方政府的实际需求（财力需求）和征税能力及经济的实际状况，地方政府常常采取瞒报利润、转移预算外收入、擅自减免税等手段对付中央，因为本年度税收额将关系到下年的分成比例（作为基数）。这些情况不利于中央对经济进行宏观调控，不利于财政分权目的的实现。为了摆脱中央财力拮据的困境，中央政府不得不利用其享有的决定上缴比例的权力，单方面改变分配规则，任意向地方政府转嫁财政支出，如强行摊派国债等。[①] 1980 年、1985 年和 1988 年的新体制，都是刚刚运行不久，就不得不实行较大的调整。比如，实行“分灶吃饭”刚过一年，中央就连续两年向地方“借款”（1981 年向地方借款 70 亿元，1982 年又借款 40 亿元），以后的年度中，又宣布不仅“借款”不归还了，还要把这一块财力打进基数，即成为固定的（年年重复的）体制调整措施。再后来，又先后开征能源交通重点建设基金和预算调节基金。

中央政府随意改变分配规则，不仅降低了分配规则的效力，也影响了中央政府的信用，同时，也使行政性分利集团对体制变动因素难以把握，无法形成稳定的对未来收益的预期，因而，行政性分利集团的逐利行为出现了较多的无序性。

第三节　有效的行政垄断法律控制制度的缺失是行政垄断扩散的关键

“人们总是理性地使他们的满足得以最大化——一切人（只有很小的孩子和智力有非常大障碍的人是例外）在他们一切涉及选择的

① 姚海鑫：《经济政策的博弈论分析》，北京：经济管理出版社 2001 年版，第 211 页。

活动中(除了那些受精神变态或者其他由于滥用毒品和酒精而产生类似的精神错乱影响的活动)。"① 人们从事各种法律活动包括立法活动、执法活动与守法活动,也遵循利益最大化原则:只有所从事的法律活动能促使自身利益最大化,人们才会选择它。一些人之所以犯罪,不在于他们的基本动机与别人有什么不同,而在于他们的利益较之成本存在差异。当预期效用超过将时间和其他资源用于其他活动所带来的效用时,一个人才会去犯罪。一个人选择结婚也主要是因为结婚的预期收益超过保持独身或继续寻找配偶所担负的成本。② 经济分析法学家的研究结论虽然有点言过其实,但他们所使用的研究方法确实为我们了解、认识法律问题提供了全新的视角。依据经济分析法学的基本结论推演,我们可以得出如下结论:要对人们的某种行为进行控制,必须减少这种行为的预期收益,使从事这种行为的人们得不偿失。

行政性分利集团作为一个具有相对独立利益的主体,其行事原则自然难逃自身利益最大化这一规律。至于一个具体的行政性分利集团采取哪些方式最大化其利益,取决于其对每种行为的成本收益的算计。如果实施该种行为的成本小于收益,那么从事这一行为对于行政性分利集团来说,就是理性的,反之就是非理性的。行政垄断在我国经济生活中盛行,重要原因之一,就是搞行政垄断的收益(包括经济收益与政治收益)大于成本。如将此前从经济分析法学基本原理中推演出来的结论作为大前提,我们可以进一步得出如下结论:要有效控制行政垄断,必须设置相应的法律制度,加大行政垄断实施者的成本,减少其实施行政垄断的预期收益。

自改革开放以来,我国颁布了一些直接控制行政垄断或与控制行政垄断有密切关系的法律文件,如《竞争十条》、《行政诉讼法》、《税收征管法》、《反不正当竞争法》、《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的决定》等,但这些法律文件对于控制行政垄断来说,有效性

---

① 〔美〕波斯纳:《法理学问题》,苏力译,北京:中国政法大学出版社 1994 年版,第 444 页。

② 参阅〔美〕加里·S. 贝克尔:《人类行为的经济分析》,上海:三联书店 1993 年版。

十分有限。因为，第一，这些法律文件没有设置控制行政垄断的专门机构；第二，有些规定不利于对行政垄断进行控制，如《行政诉讼法》规定，行政相对人只能对行政机关的具体行政行为提起诉讼，而不能对抽象行政行为提起诉讼，这种规定不利于对抽象行政垄断进行控制；第三，这些法律文件大都没有对相应的行政垄断设置法律责任，如对违法减免税收的地方政府，《税收征管法》就没有设置相应的法律责任，有些虽然设置了某种形式的法律责任但责任过于轻微。由于没有专门的反行政垄断机关，实施行政垄断被捕获的概率就非常低；由于法律责任缺乏或虚置，即使被捕获也合算，因此那些具有行政垄断偏好（指习惯于用行政手段解决问题）的政府官员除担心舆论曝光外就基本没有什么后顾之忧。同时，由于已发生的行政垄断不能得到有效控制，那些无行政垄断偏好的人，也不得不搞行政垄断，因为他凭经验判断，即使自己不封锁市场，别人也会照样会封锁市场，如果不实施垄断，自己就会成为行政垄断的牺牲品。因此，有效的行政垄断法律控制制度的缺失，是旧的行政垄断无法根除，新的行政垄断现象不断产生的重要原因。

第四章　行政垄断的本质与特征

第一节　行政垄断的本质

任何事物都有本质和现象两个方面，本质是事物的内部联系，现象是事物的外部联系，这两个方面是密不可分的，本质总要通过一定的现象表现出来，而现象总是本质的表现。

行政垄断的本质，是各种行政垄断现象如地区封锁、部门垄断等共有的基本属性。这种基本属性是经济垄断、国家垄断所不具备的，也是行政机关的其他行为如行政机关的民事行为、行政管理行为所不具备的。研究行政垄断的本质，有助于深化人们对行政垄断的认识，有助于国家建构更有效、更合理的行政垄断法律控制制度。由于实践中的行政垄断表现形式非常繁杂，因此，尽管学术界对行政垄断进行了多年研究，但对行政垄断的本质很少有人作深层次的探讨。

考察行政垄断的本质，须在特定的历史背景下进行，否则就有可能产生认识上的偏差。作者在第一章明确指出，"行政垄断"概念的使用是改革开放以后的事情，在此之前，无论是理论界还是实务界都不知道"行政垄断"为何物，因此，本章对行政垄断本质的考察，以改革开放以后我国已经在经济生活中引入了竞争机制为具体语境。

行政垄断作为一种非法行为，具有一般违法行为所共有的属性如违法性和社会危害性，又有不同于其他违法行为的特性。这些特性可通过将行政垄断与经济垄断、行政主体的其他违法行为进行比较的方式予以初步揭示。与经济垄断相比较，行政垄断具有经济垄断所没有的"行政"性。所谓"行政"性，即行政垄断是行政主体凭借行政权力实施的。行政权力作为一种公权力，是行政权的归属主体为了最大

化其自身利益而授予行政机关行使的[1]，具有公定力、确定力及强制执行力等特征。行政权力的公定力、确定力与强制执行力是实现行政效率所必需的，如果行政权力缺乏这些特性，则行政管理目标难以实现。但行政权力的公定力、强制执行力等特性同时为行政权行使主体滥用权力损害行政相对人利益和社会公益提供了便利。如果行政主体滥用行政权力，则其所造成的社会危害比公民的违法行为所造成的危害更大。德国著名法学家耶林曾对执法者违法的危害作过这样的论断：世上不法之事莫过于执法之人自己破坏法律，此乃天底下最悖公理之事。[2] 行政垄断正属于执法之人违法之情况，因而，其所造成的社会危害将比经济垄断更深远、更严重。与行政主体的其他违法行为相比较，行政垄断又具有其他行政违法行为所不具备的"垄断"性。"垄断"性，即行政垄断是行政主体对市场竞争的限制。根据人类累积的基本经验，政府对市场竞争实行限制是人们所不希望、不欲求的，因为对竞争进行限制不仅会减少社会福利，而且也侵害了人们选择商品等最基本的自由权利。政府的基本职责是保护竞争、促进竞争，除非为了社会公共利益的需要，政府不得限制市场竞争，这是政府与市场关系的基本法则。"行政性"与"垄断性"相结合，决定了行政垄断本质上是一种兼具行政违法与经济违法双重违法属性的竞合违法行为，是一种由行政主体实施的集体违法行为。下面分三个层次对行政垄断的违法本质进行进一步的揭示。

（一）行政垄断是一种违法行为。行政垄断的违法性可从三个层面加以证明。第一，行政垄断违反了法律明文禁止的行政机关不得进行地区封锁、部门分割的规定。通常情况下，判断某种行为是否违法，要看这种行为是否属于法律所明文禁止的，如果法律对该行为并未设置禁止性规定，则该行为不违法。因为，法无明文规定不违法。说行政垄断是一种违法行为的首要依据，是我国法律对行政垄断有明确的禁止性规定。如《竞争十条》就明文宣示了地区封锁、部门分割的

① 参阅关保英：《行政法的价值定位——效率、程序及其和谐》第一章"行政权归属主体与行使主体"的相关内容，北京：中国政法大学出版社 1997 年版。

② 参见杨解君：《行政违法论纲》，南京：东南大学出版社 1999 年版，第 2 页。

非法性:“任何地区和部门都不准封锁市场,不得禁止外地商品在本地区、本部门销售。对本地区出产的原材料必须保证按国家计划调出,不准进行封锁。工业、交通、财贸等有关部门对现行规章制度中妨碍竞争的部分,必须进行修改,以利于开展竞争。采取行政手段保护落后,抑制先进,妨碍商品正常流通的做法,是不合法的,应当予以废止。”《反不正当竞争法》第6条也明确规定:“地方政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品流入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”现行法律不仅规定地方政府及其所属部门不得进行地区封锁与部门分割,而且明确规定:“各级人民政府及其所属部门负有消除地区封锁、保护公平竞争的责任,应当为建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系创造良好的环境和条件。”① 如果政府及其所属部门不履行这些法定义务,显属违法。第二,行政垄断违反了行政法上的“法律保留原则”。“法律保留原则”是依法行政的一项基本原则。根据这一原则,行政主体只有在取得法律明确授权的情况下才能实施相应的行政行为,否则,即属于违法。② 由于行政垄断在经济领域中的表现形式比较繁杂,同时由于部门立法惯例的存在,因此,现行法律对某些行政性限制竞争行为如设立行政性公司、强制联合限制竞争等并未作出禁止性规定。有人以“法律未明文禁止的即为权利”这一现代法思想为依据,认为“法律并未规定其非法”的行政性限制竞争行为即属合法。③ 对此观点,笔者不敢苟同。现行法律虽然没有明确禁止行政主体设立行政性公司、强制联合限制竞争等,但也没有明确赋予行政主体设立行政性公司、强制联合限制竞争等权力。根据“法律保留原则”,行政活动只要是法律没有明确授权的,则属于非法活动。第三,行政垄断背离了现代法律的基本价值取向。公平竞争、社会整体利益、经济自由与经济民主等是现代法律制度特别

---

① 《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》,2001年4月21日公布。

② 〔德〕:哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社2000年版,第104页。

③ 沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,北京:法律出版社2001年版,第243页。

是现代经济法律制度的基本价值取向。这些价值取向不仅指导着立法机关的立法活动，决定着"实在法"的内容，而且也规制着行政机关的执法活动，立法机关与行政机关的行为都不得与之相违背，否则，即属于违法（实质意义上的法）。在现实经济生活中，有相当一部分行政性限制竞争行为是依据地方性法规、部门规章等规范性文件实施的，或者说有法律明确授权的，因而具有形式上的合法性。但如果根据公平竞争、社会整体利益、经济民主与经济自由等现代法的基本价值考量，或者说，根据实质意义上的法考量，那么，行政性限制竞争行为及作为其依据的地方性法规、部门规章等规范性文件都是非法的。

（二）行政垄断是一种兼具经济违法与行政违法双重违法属性的竞合违法行为。根据违法的性质及其对社会危害程度的不同，违法行为可划分为刑事违法行为、民事违法行为、行政违法行为、违宪行为、经济违法行为等几种。[①] 不同种类的违法行为在违法的构成要件方面即违法的主体、客体、主观方面与客观方面是各不相同的。判断一种违法行为的性质的主要依据，是该行为所侵害的社会关系的性质及调整该社会关系的法律规范的性质。如果违法行为所侵害的社会关系是为刑法所保护的社会关系，并且依法应受刑罚惩处，那么该行为就属于刑事违法；如果该违法行为所侵害的社会关系是为民事法律规范所调整的社会关系，即平等民事主体间的财产关系与人身关系，则该行为属于民事违法行为。行政垄断的违法性质，应该根据其所侵害的社会关系的性质及调整该社会关系的法律规范的性质予以确定。

有人指出，行政垄断属于行政违法行为，因为行政垄断是行政权力的行使者凭借行政权力所为。[②] 本书也赞同行政垄断具有行政违法性的观点，因为行政垄断完全符合行政违法的构成要件。据行政法学者分析，行政违法必须具备四个构成要件：(1) 行为主体必须是行政主体，非行政主体的行为不能构成行政违法。(2) 行政主体负有相

① 李步云：《走向法治》，长沙：湖南人民出版社 1998 年版，第 637—639 页。

② 李昕：《行政垄断行为性质浅析》，载《经济与法》1999 年第 11 期；綦全胜：《行政垄断的法理分析与规制》，载《中国行政管理》，2002 年第 3 期。

关的法定义务，包括作为的义务和不作为的义务。(3) 行政主体具有不履行法定义务的行为。行政违法必须有行为的存在，而且，这种行为是违反行政法律规范的，它侵害了受法律保护的行政关系，对社会具有一定的危害性。(4) 这种行为是出于行为人的过错。一般情况下，只要行为人实施了违法行为就视其有主观过错。[①] 行政垄断的主体都是行政主体，且都负有“不得进行地区封锁、部门分割”及“消除地区封锁、保护公平竞争”，“为建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系创造良好的环境和条件”等法定义务，更重要的是，行政垄断实施主体往往是采取一些为行政法律规范所禁止的手段实现其限制市场竞争的目的，如违反《税收征管法》的规定擅自减免企业所得税，违反《价格法》规定的听证程序制定垄断性价格，违反《行政处罚法》的规定乱罚款等。因此，说行政垄断具有行政违法性，是没有错误的。

但将行政垄断的性质定位于行政违法，或者说将行政垄断视为一种纯粹的行政违法行为，显然不够准确。前文已然指出，行政垄断不同于行政主体的其他违法行为，包括行政违法行为，因为行政垄断具有其他行政违法行为所不具有的“垄断性”。对行政垄断违法本质进行考察，显然不能对行政垄断的“垄断性”熟视无睹。将行政垄断的构成要件与行政违法的构成要件进行比较，我们将发现，行政垄断在主体要件与主观要件方面与行政主体的行政违法构成基本相同，但在客体要件与客观要件方面，却殊异于行政主体的行政违法构成。行政垄断的客体要件即行政垄断所侵犯的社会关系，是为国家法律所保护的社会主义市场竞争关系[②]，行政垄断的客观要件是“竞争的实质限制”[③]。这两个构成要件决定了行政垄断首先是一种经济违法行为，因为竞争关系一般由包括反垄断法在内的竞争法予以调整，而反垄断法是经济法的核心，素有“经济宪法”之称。

---

① 胡建淼主编：《行政违法问题探究》，北京：法律出版社 2000 年版，第 10 页。

② 郑鹏程：《论行政垄断的概念与特征》，载《山西师大学报》(社科版)2000 年第 3 期。

③ 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

综上，行政垄断同时损害了两种不同性质的社会关系，符合两种违法行为的构成要件，因此，行政垄断就兼具行政违法与经济违法双重违法属性，这种具有双重违法属性的行为可称为竞合违法行为。

行政垄断的双重违法属性，要求我们在构建控制行政垄断的法律制度时，既要重视经济法律制度特别是竞争法律制度的建立与完善，尤其是要加快制定反垄断法，也要重视行政法律制度的建立与完善，如制定行政程序法、行政许可法，进一步完善行政诉讼法等法律制度，防止反行政垄断出现法律真空，同时还应特别注意经济法律规范与行政法律规范在反行政垄断方面的协调，避免"重复建设"，浪费立法资源，导致新的立法或执法冲突的产生。

（三）行政垄断是由行政主体实施的集体违法行为。法理学将法律关系的主体划分为个体主体、集体主体和国家三种类型，其中集体主体又分为国家机关和社会组织。[①] 依此分类，违法行为可分为个体主体的违法行为、集体主体的违法行为和国家的违法行为，集体主体的违法行为又可分为国家机关的违法行为和社会组织的违法行为。

行政垄断虽然是由具体的人即行政机关的官员或其他行政组织的成员来实施的，但行政官员或其他行政组织的成员并不能以自己的名义实施行政垄断，而只能以行政主体的名义来决定和实施行政垄断，因此，行政垄断体现的是行政主体的意志，而不是其所属成员的个体意志。此外，行政主体除在极少数情况下由自然人充任以外，大部分行政主体属于国家机关，即属于集体主体。根据此前关于法律关系主体及与之相对应的违法行为的划分，行政垄断应属于集体违法行为。

行政垄断的集体违法属性，不仅可以从行政垄断实施主体的集体主体属性予以确定，而且可以根据行政主体实施行政垄断所代表的利益的性质来确定。不管行政主体实施的是哪种形式的行政垄断，是地区封锁，部门垄断，抑或是强制交易，强制联合限制竞争，行政主体的直接出发点，都是或至少名义上是为了本地区、本部门或本单位的利益等集体利益，如增加本地的财政收入，解决就业问题，提高本

① 沈宗灵主编：《法理学》，北京：高等教育出版社 1994 年版，第 385 页。

部门或本单位职工的工资与福利待遇等。

依据责任自负这一公理性原则，违法主体必须自己承担违法的全部责任。既然行政垄断是以行政主体的名义实施的，那么实施行政垄断的全部法律责任就应该由行政主体来承担。然而，以国家行政机关为核心的行政主体与社会组织这种集体主体的法律性质是不同的。首先，行政主体属于公法人，它是为了维护社会公共利益和社会公共秩序而设置的，除了公共利益之外，行政主体没有自己的私利。其次，行政主体从事行政活动所需要的全部经费都是通过预算从国家财政中划拨的。行政主体的这些属性，使责任自负原则难以彻底贯彻，也使得通过追究行政主体责任的方式，如对实施行政垄断的行政主体进行罚款以控制行政垄断的愿望难以实现。譬如，在行政主体实施行政垄断给行政相对人造成经济损害的情况下，行政主体应该依法承担损害赔偿责任。但由于行政主体用于赔偿的财产并非自身所有，而是源于国家财政，因此，赔偿责任事实上由国家承担，或者更确切地说是由纳税人来承担的，因为国家财政收入的主要来源是纳税人缴纳的税收。在这种情况下，责任主体与违法主体是不一致的。违法而不承担全部法律责任，再严格的法律责任也无法控制违法行为的发生。

违法主体与责任主体不一致，在一定程度上助长了行政官员利用行政主体的名义牟取私利的恶习。“在行政官个人的身上，我们可以区别三种本质不同的意志：首先是个人固有的意志，它只倾向于个人的特殊利益；其次是全体行政官的共同意志，惟有它关系到君主的利益，我们可以称之为团体的意志，这一团体的意志就其对政府的关系而言则是公共的，就其对国家——政府构成国家的一部分——的关系而言则是个别的；第三是人民的意志或主权的意志，这一意志无论对被看作是全体的国家而言，还是对被看作是全体的一部分的政府而言，都是公意。”[①] 卢梭对行政官员所代表的本质不同的利益的区分直到现在仍有意义。在现代行政官员身上，仍然存在着三种不同性质的利益：全民利益、集体利益与个人利益。在行政活动中，行政官

① 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，北京：商务印书馆1982年版，第82—83页。

员应该为全民利益或集体利益服务，不得利用行政权力牟取私利。然而，由于行政官员与其他人员同样属于“在一切涉及选择的活动中”总是“使他们的满足得以最大化”的理性人，因此，行政官员在行政管理活动中也有谋求自身利益最大化的冲动。由于行政垄断能给行政官员带来非常明显的个人利益如物质利益、政治利益，且行政官员不直接承担行政垄断的风险，这种风险由一个事实上不能负全部责任的行政主体承担，这就助长了行政官员利用行政主体的名义牟取私利这种现象的发生。

行政垄断集体违法属性的揭示，使人们明白：采取事后追究行政垄断实施主体责任的方式，对于控制行政垄断来说可能难以收到实效；要对行政垄断进行有效控制，必须采取多种控制手段，如事先明确界定行政主体的权限，事中规定行政权力的行使程序等；同时，应该揭开“行政主体责任”这层罩在行政官员身上的神秘面纱，建立严格的行政官员过错责任追究制度。当前，这两个方面的制度建设都比较薄弱，应重点予以完善。

第二节　行政垄断的特征

行政垄断是一种在行为主体、行为方式、行为后果等方面都不同于滥用经济优势地位、合谋限制竞争等经济垄断形态的限制竞争行为。它有自己的特点。

（一）行政垄断实施主体地位的特殊性

行政垄断的主体范围限于行政主体，包括国家行政机关和受权行使行政管理权的社会组织。其中国家行政机关是最主要的行政垄断实施主体，包括除国务院之外的国家各级各类行政机关，具体可分为三大类，即国家各行政管理部门、地方政府或地方政府所属部门。国家各行政管理部门主要是指国务院下属的各部、委、局，包括行业经济管理部门、职能经济管理部门和综合管理部门。地方政府指国务院以下的地方各级国家行政机关，包括省（直辖市、自治区）、县（市、市辖区）、乡（民族乡、镇）等（不包括特别行政区）。地方政府所属部门，指县级以上地方政府所属的各行政管理部门，包括行业管理部

门、职能管理部门和综合管理部门。行政垄断实施主体地位的特殊性主要表现在两个方面:第一,行政垄断的实施主体是非市场主体。从政治、经济、法律角度看,行政垄断的主体一般是具有行政管理职能的、非营利性的公法人,与滥用经济优势地位、合谋限制竞争等经济垄断形态的主体(从事商品生产经营或提供劳务的私利经济组织)是非同质主体。第二,行政垄断实施主体周遭环境极其复杂。譬如:行政垄断实施主体是非市场主体但又不能超脱市场;行政垄断实施主体具有相对独立性又与其他行政主体联系密切;行政垄断实施主体与其公务员的利益指向具有二元性。

(二) 行政垄断具有强制性与较强的隐蔽性

强制性指行政垄断实施主体做出的垄断行为在形式上具有不可对抗性。行政垄断实施主体是一个公权力机关,为了维护社会利益,法律赋予了行政主体的行政行为具有强制执行效力,即行政行为一旦作出,行政相对人就必须服从。这一特性其他垄断形态不具备。滥用经济优势地位、合谋限制竞争等垄断行为只能凭经济优势地位或通过契约方式才能实现。行政垄断的隐蔽性指行政垄断实施主体在限制市场竞争时,主要是通过制定对其辖区范围内的公民、法人或其他经济组织具有强制力的行业规章、地方性规章、命令、决定等方式,而不是通过限制某一具体经济组织的竞争来实现的。行政垄断的隐蔽性还表现在行政垄断所保护的利益中有群体利益(地方利益、行业利益)及行政垄断实施主体常常以管理和维护市场秩序为借口限制竞争等方面。

(三) 行政垄断的动机与目的呈现多样性

就滥用经济优势地位、合谋限制竞争等垄断形态而言,无论何种类型的企业,其实施垄断之目的都是为了牟取垄断利润,即营利是滥用经济优势地位、合谋限制竞争等垄断形态的惟一目的。谋求经济利益即为本地区、本部门、本单位职员谋取物质收益虽然也是行政垄断的目的,但不是惟一目的。除了追求经济利益外,在行政垄断中还有其他一些附带的(有时是主要的)动机与目的。如行政主体控制企业的欲望;领导干部谋私;领导希望取得良好政绩,以便将来能据此得以高升等等。需说明的是,行政垄断谋取经济利益的动机与其他垄断

形式的营利动机也有一些区别：其他垄断形式谋求的是与垄断企业自身有切身利害关系的利益，而行政垄断所谋求的经济利益并不一定是为了行政垄断实施主体自身。总之，行政垄断的动机与目的既有为部门、为地方谋利益的，也有为个人谋利益的；既有谋取物质利益的，也有谋取精神利益的。

（四）行政垄断比经济垄断具有更严重的社会危害性

与经济垄断相比，行政垄断具有更严重的社会危害性。第一，行政垄断对经济自由的侵害远甚于经济垄断对经济自由的侵害。毋庸置疑，经济垄断对经济自由的侵害也是非常明显的。然而经济垄断对自由的侵害来自于自由本身。即经济垄断的形成过程是自由的，是自由竞争导致了优胜劣汰，是优胜劣汰导致了独占。尽管独占限制了竞争，加大了企业的进入难度，但独占本身就是通过竞争形成的。因此，经济垄断与经济自由在某些方面是一个悖论。而行政垄断对经济自由的损害，不仅表现在结果方面，而且表现在过程方面，即行政垄断的形成过程本身就是一种强制。在行政强制条件下，行政相对人根本无法进行选择。更重要的是，行政垄断的强制力具有关联性。这种关联性使得某一公民或经营者一旦在某一方面不服从行政机关的命令或意志，就有可能在另一方面遭遇不便或困难。如律师不订阅司法机关指定的报纸或杂志，第二年的执业注册就可能会遇到困难。因此，行政垄断对经济自由的损害比经济垄断对经济自由的损害更大。第二，行政垄断具有经济垄断不具有的社会危害性，即政治危害性。如行政垄断阻碍了我国政治体制改革和经济体制改革的进程；滋长了社会的腐败现象和其他一些不正之风；产生了新的社会分配不公；破坏了社会主义法制的统一；腐蚀了人民的思想等等。“行政垄断是一种赤裸裸的、光天化日之下公然进行的掠夺性腐败。与惊人的行政性腐败的经济损失相比，官员个人腐败只能算是‘九牛一毛’。”[1]

---

① 胡鞍钢，过勇：《从垄断市场到竞争市场：深刻的社会变革》，载《改革》2002 年第 1 期。

第二篇 价 值 论

本部分的目的在于对行政垄断进行价值评判，这种评判是富于意义的。因为，第一，尽管行政垄断遭到许多人的谴责，但同时也有许多人为之辩护，特别是行政机关及其工作人员，总能为行政垄断找出许多冠冕堂皇的理由，化“腐朽”为“神奇”。如实施地区封锁是为了发展地方经济、扩大就业、确保地方和社会稳定；实施部门垄断是因为本部门关系到“国计民生”，不可以放任市场竞争；强制居民购买某种商品是为了维护居民的身体健康与人身财产的安全。一句话，就是行政垄断有理。第二，那些对行政垄断不满的人，大多数也只是从维护自身眼前利益的角度对行政垄断进行谴责，或只对行政垄断造成的社会危害作表面性的揭露，而对行政垄断给我国国民经济与社会生活所造成的长远影响缺乏洞见。因此，依据人类社会发现、确立并普遍遵循的价值准则，对行政垄断的反社会性进行全面审视和检讨就非常必要，它不仅可以深化人民大众对行政垄断危害性的认识，增强人民大众反行政垄断的责任感，而且对唤醒行政机关及其工作人员关于其对全国人民所肩负的历史使命的意识，使之处理好当前利益与长远利益，个人利益、集体利益与国家利益的关系也有助益。

对某一事物进行价值判断，首先要解决的是价值判断标准即价值取向或价值名目的选择问题。然而，价值作为一个关系范围，具有极大的主观性和不确定性：不仅不同的人有不同的价值取向，而且即使对相同的价值名目的具体含义，各人的理解也存有偏差。显然，如

果价值评价标准选择不当，将在一定程度上减损价值评判本身的价值。为使本书对行政垄断的价值评判尽可能客观，作者选择了现代经济生活中为人们所普遍遵循的三个价值准则，即竞争、经济自由与经济效率，这绝不意味着，现代经济生活中为人们所普遍遵循的价值准则就只有这三个，也不意味着行政垄断不对其他价值产生损害。只是作者认为，在所有的价值名目中，行政垄断对这三种价值的损害最直接，也最为严重。

对行政垄断的价值评判是分三章进行的。第五章从竞争的角度对行政垄断进行了价值评判，指出行政垄断在微观层面上造成了特定市场上不公平竞争与垄断局面的出现，在宏观层面上阻碍了全国开放、统一市场的形成。第六章从经济自由的角度对行政垄断进行了价值判断，指出行政垄断不仅损害了经营者最基本的权利，而且也侵犯了消费者的基本人权。第七章从经济效率的角度对行政垄断进行了价值评判。在该章中，作者运用西方经济学的公共选择理论主要是“寻租”理论，及我国相关部门的一些统计数据，证明了行政垄断不仅直接减损社会经济福利，而且阻碍了对提升一国产业国际竞争力具有重要影响的规模经济的生成。

第五章　行政垄断与竞争

第一节　竞争的意义

两个或两个以上主体为争取同一目标而竞力即竞争。竞争之于人类具有重要而深远的意义。首先,“竞争是获致繁荣和保证繁荣最有效的手段。只有竞争才能使作为消费者的人们从经济发展中受到实惠。它保证随着生产力的提高而俱来的种种利益,终于归人们享受。”[①] 其次,竞争不仅是增进物质文明的重要手段,而且对精神文明也具有重要的促进作用。以倡导“义务论”道德哲学著称的大师康德,晚年从文化目的论角度对“竞争”的功用大加赞美。他说:人与人之间的竞争,其功用与生物之间的竞争是一样的,都是神在冥冥中希图造就我们生命完美灵魂的努力,他把这一过程比做“一片茂密的小树林,为了争夺宝贵的阳光,每一棵小树苗都拼命向上生长,其结果是它们都变得笔直挺拔秀美端庄”[②]。缘于此,“竞争成为工业家、银行家、政府商业贸易与产业行政机构最重要的目标。工业家、政治家、经济学家、金融经理、技术人员、工会都把竞争作为他们的信条。竞争的无上命令是他们辩论与建议的焦点。在政治讲话、报纸、书籍、管理讲座与研讨会上,‘竞争’这个词汇的使用频率超过了所有词汇。”[③] 细言之,竞争的意义有以下几个方面:

第一,竞争有利于生产要素的合理流动,实现资源的优化配置。

---

① 〔德〕路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康,穆家骥合译,北京:商务印书馆1983年版,第11页。

② 转引自汪丁丁:《走向边缘——经济学家的人文意识》,上海:三联书店2000年版,第259页。

③ 里斯本小组:《竞争的极限》,张世鹏译,北京:中央编译出版社2000年版,第136页。

在市场经济中，独立经济主体在生产和消费上的分散经营决策，是通过价格机制与竞争机制的作用相互协调为一体的。市场价格信号的变化，反映着产品的稀缺程度，从而表明一定产品的需求程度，处于竞争之中的经济主体为了追求自身的经济利益和迫于市场竞争的巨大压力，必然会对市场价格信号的变化作出灵活的、及时的反应，调整自己的产量、规模和结构。其结果，保证了产品的生产量和产品结构不断适应变化着的需求量和需求结构；需求量和需求结构变化引起的生产量和产品结构的变化又会引致生产要素组合，进而资源利用方式的变化。这样，最终将有限的资源运用到最为需要的地方。所有这些不断发生着的变化，只能通过价格机制与竞争机制的作用反映出来。没有市场价格的信号显示作用，也就无法得知产品稀缺程度以及相应的需求规模和需求结构；没有竞争的推动力和强制压力，也就无法促使经济主体作出相应的反应，从而使生产规模和结构适应需求规模和结构的变化；没有市场价格与竞争机制的这种合力作用，单个经济主体的生产与消费决策计划也就无法相互协调为一个总体，市场经济也就无法有效运行。

第二，竞争有利于技术创新与推广。竞争就是要战胜对方，在市场上保持优势。每一个竞争参与者都试图获得一份超过竞争对手的优先利润。为此就要不断改进技术、降低成本、开发新产品和新市场，进行生产过程中的技术创新和产品创新。获取优先利润的巨大经济刺激和其他竞争对手的威胁，使得每一个竞争参与者都必须按照最符合市场需求、最经济的原则行事。在竞争的过程中，促进了技术进步。因为谁运用了新技术、提供了新产品，谁就可以暂时地（或长或短地）获得一份由于创新形成的垄断地位所带来的优先利润。竞争同时也促进了技术的扩散和推广。随着竞争参与者模仿过程的普遍化，创新者的暂时垄断地位和优先利润也逐渐失去。在这一过程中，新技术、新产品得到了普及，整个社会的技术水平也因此而提高。

第三，竞争具有调节国民收入（初次）分配、阻止非效率收入形成之功能。在竞争性市场经济体制中，市场上的初次收入分配遵循效率原则。按效率原则分配也就是按经济主体和生产要素的市场贡献和效率进行收入分配，同等的贡献和效率应该获得同等的报酬。只有这

样，才能对经济主体的市场活动形成强大刺激，推动他们不断改进产品质量和调整产品结构，推出新产品，以适应消费者的需求变化。要使按市场效率进行初次收入分配的原则得以实现，一个重要的前提条件是竞争参与者之间真正处于竞争态势之中。即任何一方都不可能长期靠牺牲他人一方的利益而占据并非由自身效率形成的市场优先地位，而只能靠自己在市场上的贡献和效率超过竞争对手。因此，竞争的这种分配功能表现为，通过竞争实现按效率进行初次分配。竞争的这种分配功能客观上也对竞争参与者形成了监督，它阻止了非效率收入的形成，偶尔形成的与效率不相称的高额利润，也会通过竞争而消失。竞争使具有平均效率的经济主体获得正常标准的报酬，使具有高效率的经济主体获得超额利润，使长期低于平均效率的经济主体最终被排挤淘汰出去，从而使各种生产要素资源始终主要掌握在具有较高市场效率的经济主体手中，得到为社会所需的有效利用。

第二节　竞争法与竞争价值

一、竞争理论与竞争政策

法学上的竞争与经济学上的竞争具有十分密切的联系，这种联系不仅表现在概念上的趋同，而且表现在经济学的竞争理论往往是各国制定竞争法的重要依据。如哈佛学派的竞争理论、芝加哥学派的竞争理论对美国的竞争法就产生过重大影响；康琴巴克的最佳竞争强度理论对 1973 年、1976 年德国《反限制竞争法》的修改影响也很大。因此，对西方经济学有关竞争理论的内容进行扼要回顾，有助于人们深化对竞争的理解，同时也为本文对行政垄断的评价确定一个理论基础。

一如前述，竞争有其自身无法克服的缺陷，因此，竞争不是促进经济增长的最好刺激，但竞争仍是非常必要的，因为迄今为止，人们尚未发现一种比竞争更好的刺激进步的机制。[①] 为了更有效地发挥

---

① 白树强：《全球竞争论》，中国社会科学出版社 2000 年版，第 50 页。

竞争的积极作用，克服竞争的缺陷，西方经济学家不断地对理想的竞争模式进行探索，提出了各式各样的竞争理论及立基于他们的理论之上的竞争政策。

(一) 完全竞争理论

"完全竞争理论最早由亚当·斯密提出，以后经过很多经济学家不断完善，到马歇尔那里发展为系统化、形式化的完全竞争模式。"[①] 亚当·斯密的完全竞争思想，体现于其关于竞争的作用与垄断的危害的零散论述之中。

1. 关于竞争的作用。斯密认为，竞争能协调经济，有利于社会。第一，竞争可以激发人们的主观努力。"如果竞争是自由的，个人相互排挤，那么相互的竞争，便会迫使每个人都努力把自己的工作弄得相当正确。""竞争和比赛往往引起最大的努力。反之，单有大目的而没有促其实现的必要，很小足够激起任何巨大的努力。"[②] 第二，竞争可以调节单个生产者的产量与市场需求，使社会生产与社会需求相适应。在竞争条件下，单个生产者"不但需要时刻留心注意需求情况的偶然变动，而且需要时刻留心注意竞争情况或需求所从满足的供给情况的大得多、频繁得多的变动；运用巧妙的手腕和正确的判断力，使各色货物的数量，都能适应需求、供给和竞争各方面的变动情况。"[③] 这样，竞争客观上可以调节社会供需平衡。第三，竞争对推动劳动要素和调节资本要素合理配置有重要作用。首先，竞争可以激发劳动要素的能量，鼓励劳动者掌握熟练技巧和提高能力。相反，如果"一切竞争"停止，则"技能或发明才能也将无发挥之余地"。[④] 其次，劳动者供给的多少，"自会导致雇主间的竞争"[⑤]，引起工资的涨落。收入高低的推拉作用，使劳动力在部门和企业间合理流动。再次，资本家对利润的追逐，一方面引导资本流向利润最大的部门，另一方面

① 戚聿东：《中国现代垄断经济研究》，经济科学出版社 1999 年版，第 75 页。

② 斯密：《国民财富的性质和原因的研究》(下)，郭大力，王亚南译，商务印书馆 1972 年版，第 319—320 页。

③ 同上书，第 315 页。

④ 斯密：《国民财富的性质和原因的研究》(上)，郭大力，王亚南译，商务印书馆 1972 年版，第 135 页。

⑤ 同上书，第 62 页。

"他们相互竞争,自然倾向于减低这一行业利润"①。最后,部门间竞争导致工资和利润符合自然率而趋向于利害均等,达到社会资源的合理配置,而部门内的竞争愈激烈,"他们结合起来抬高价格的可能性变得更小"②,同时产品质量相应提高。因此,斯密主张竞争,认为"一种事业若对社会有益,就应当任其自由,广其竞争。竞争愈自由,愈普遍,那事业亦愈有利于社会"③。

2. 关于垄断的危害。斯密认为,垄断尤其是封建残余垄断是竞争的最大障碍,对国民财富的增长有着各种不利影响。第一,垄断使市场供给数量减少。"垄断者使市场存货不足,从而使有效需求永远不能得到充分供给。"④第二,垄断使市场价格上升。"垄断价格,在各个时期,都是可能得到的最高价格。反之,自然价格或自由竞争的价格,虽不是在各个时期,但在长期间内,却是可能有的最低价格。"⑤第三,垄断使社会福利减少。"独占提高了利润率,但使利润总额不能提高到和没有独占的时候一样。"⑥第四,垄断不利于企业良好经营。因为"独占乃是良好经营的大敌。良好经营,只靠自由和普遍的竞争,才得到普遍的确立。自由和普遍的竞争,势必驱使各个人,为了自卫而采用良好经营方法。"⑦

现代微观经济学的厂商理论,把斯密的上述竞争和垄断的思想进一步系统化为完全竞争理论。主要内容有:(1) 企业数量多,规模小。在一个行业或一个市场中,卖者数量众多,不管一家企业规模多大,它只能供应市场总供给量的很小一部分。作为买者,也是数量众多,任何一家买主,其购买量在市场总购买量中都微不足道。在这种

① 斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力,王亚南译,商务印书馆 1972 年版,第 201 页。

② 斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上),郭大力,王亚南译,商务印书馆 1972 年版,第 331 页。

③ 同上书,第 303 页。

④ 同上书,第 56 页。

⑤ 同上。

⑥ 斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力,王亚南译,商务印书馆 1972 年版,第 182—183 页。

⑦ 斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上),郭大力,王亚南译,商务印书馆 1972 年版,第 140 页。

情况下，任何一家企业都绝不可能通过改变产量的方式来影响价格。(2) 产品无差别。一个行业是由生产同类产品的企业组成的，所有企业为市场提供的产品都是同质的，没有任何性能、质量、外观、服务等方面的差别。(3) 企业自由进退市场，没有任何进退壁垒或障碍。(4) 获取利润最大化的目标。所有企业市场竞争的目标就是利润最大化，此外没有其他任何目标。(5) 没有任何政府管理。政府不以关税、津贴、生产限额或需求限额等任何手段干预市场。(6) 生产要素具有完全的流动性。在一国经济中，生产要素可以从任何一家企业自由转移到另一家企业中去。劳动力可以自由调换工作，原料、技术、资金等要素完全自由地流动，工人也不组织工会。(7) 完全的信息。买卖双方完全了解市场状况，不但了解现行状况，也了解市场的未来状况，信息不需要任何代价就可以获得。

完全竞争理论认为，完全竞争条件下的市场是最有效的，国家的任务就是通过竞争政策，创造和保持实现完全竞争的条件，任何违背完全竞争前提条件的国家干预和调节的政策措施都是多余的、无益的，都被视为破坏或干扰了经济运行均衡的因素。完全竞争理论从纯经济学上说有一定意义，但其赖以建立的前提条件与实际上的市场竞争过程相去甚远，因而，遭到了现代经济学家的批评。如哈耶克曾指出："完全竞争理论的内容，几乎根本不能称为'竞争'；其结论很少能用来作制定政策的指导。""完全竞争理论所假设的态势如果真的存在的话，则它不仅会使所有称为'竞争'的活动没有活动余地，而且会使这种活动实际上成为不可能。"[①]

(二) 不完全竞争理论或垄断竞争理论

不完全竞争理论或垄断竞争理论是指20世纪30年代由英国经济学家罗宾逊和美国经济学家张伯伦分别提出的竞争理论。不完全竞争理论与完全竞争理论的主要区别在于前者更注重现实的市场竞争过程，指出现实的竞争不是完全竞争，而是垄断竞争或不完全竞争。罗宾逊从消费者偏好和产品之间替代可能性出发，得出了不完全

① 〔奥〕F. A. 冯·哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛等译，北京经济学院出版社1991年版，第87—88页。

竞争的理论，张伯伦则主要从产品差异出发，得出了垄断竞争的结论。不完全竞争理论或垄断竞争理论是对完全竞争理论的发展，但从总体上说，还没有摆脱完全竞争理论的教条与束缚。因为：第一，尽管不完全竞争或垄断竞争理论把介于完全竞争与垄断两极之间的现实市场竞争状态作为一种常态，但它们仍然视完全竞争为理想状态，认为完全竞争还是比不完全竞争或垄断竞争更为有效；第二，在竞争政策上，不完全竞争或垄断竞争理论没有提出新的政策标准，尽管他们明白完全竞争是不可能完全实现的，但它们仍把实现完全竞争作为竞争政策的目标；第三，不完全竞争或垄断竞争理论认为，不完全竞争或垄断竞争本身也具有向完全竞争方向发展的趋势，从长远看，现实市场竞争状态将与完全竞争状态非常接近。因此，“不完全竞争或垄断竞争理论根本不是什么对完全竞争理论的革命，而仅仅是一种有限的发展和局部的修正”①。

（三）熊彼特的创新与动态竞争理论

熊彼特的创新与动态竞争理论，主要体现于《经济发展理论》（1912 年）和《资本主义、社会主义与民主》（1942 年）这两部著作中。在前一部著作中，熊彼特系统地阐述了他的创新理论，并提出了动态竞争的初步观点，在后一部著作中，熊彼特生动地阐明了动态竞争理论，并进一步发展、深化了其创新理论。熊彼特的创新与动态竞争理论的内容，大致可归纳为以下几点：

第一，“创新”或生产要素的“新组合”是资本主义的最根本特征，是“开动和保持资本主义发动机运动的根本推动力”。所谓“创新”，是“人们以不懈的努力，用他们的智慧去改进生产方法和商业方法”的活动，就是建立一种新生产函数，把一种从来没有过的生产要素和生产条件的“新组合”引入生产体系。这种“新组合”包括开发新产品、采用新技术、开辟新市场、控制原材料的新供应来源、实现企业的新组织形式等五种情况。市场竞争实际上是一个破坏“旧组合”，不断创造“新组合”的过程，这个创造性破坏的过程，实质上就是资本主义的本

① 陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，商务印书馆 1997 年版，第 43—45 页。

质性的事实。①

第二,完全竞争并非理想的效率的典范,因为完全竞争与创新是不相容的。熊彼特认为,在完全竞争这个一般理论中,"自由进入所有行业是做到资源最佳分配因而达到最大产量的一个条件,这是完全正确的。如果我们的经济世界由一些以现有的基本上不变的方法生产大家熟悉商品的现有行业组成,如果在这个世界中除了增加的人和增加的储蓄结合起来建立现有模式的新企业之外,什么也不发生,那么阻止任何人进入他们希望进入的任何行业,将会给社会带来损失。但是,完全自由地进入新领域可能使进入新领域成为根本不可能。引进新的生产方法和新的商品很难想象从一开始就使用——完全迅速的——完全竞争的办法。这即是意指,我们称为经济进步的大量东西和完全竞争是不能共存的。"② 除此之外,完全竞争还容易造成资源和机会的浪费。因此,完全竞争"不但不可能而且效果不佳,没有资格被树立为理想效率的模范"③。

第三,垄断没有消除竞争,只是改变了竞争的方式。竞争的方法有多种,除了通常的价格竞争外,还有新商品、新技术、新供应来源、新组织形式的竞争,有价值的不是前一种竞争,而是后一种竞争,也就是占有成本上或质量上决定性优势的竞争,"这种竞争打击的不是现有企业的利润边际和产量,而是它们的基础和它们的生命。这种竞争比其他竞争有大得多的效率,犹如炮轰和徒手攻击的比较。"这种竞争不只是"在它存在时起作用,而且在它还仅仅是一种永远存在的威胁时也起作用"。"从长期看来,这种情形会迫使企业的行为变得十分类似完全竞争的模式。"④ 总之,垄断并不意味着竞争的减弱,只是使静态竞争变为动态竞争,使竞争转向更深的层次。

第四,垄断有利于减轻萧条和经济波动。熊彼特认为,"一个完全竞争的企业在进步的冲击或外部的干扰下比大企业更容易跨台,因

① 〔美〕约瑟夫·熊彼特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,商务印书馆 1999 年版,第 147 页。

② 同上书,第 174 页。

③ 同上书,第 176 页。

④ 同上书,第 148—149 页。

而更容易扩散经济萧条的细菌。"[①] 而"卡特尔类型的'贸易限制'以及仅仅属于价格竞争中默契的组织，在萧条情况下可能是有效的治疗方法"，"大大有助风浪中船只的稳定和减轻暂时性困难"，"只要它们行之有效，它们最终可能使总产量有稳定和大量的增长"。因此，"无区别地'打倒托拉斯'或者取缔够得上贸易限制的一切，也不合一般道理。"[②]

(四) 有效竞争理论

受熊彼特创新与动态竞争理论的启示，克拉克于20世纪50、60年代提出了现代竞争理论的第一个完整理论体系——有效竞争理论。克拉克认为，竞争不是一个静止的最终状态，而是一个动态过程，这个过程由"突进行动"和"追踪反应"两个相互交替的阶段构成，其带头者是具有创新功能的"先锋企业"。有效竞争就是由"突进行动"和"追踪反应"两个阶段构成的一个无止境的动态过程的竞争，其前提条件是竞争因素的不完全性，其结果是实现了技术进步与创新。竞争政策的目标，不应针对消除竞争不完善或垄断因素，而要保证竞争过程的动态性质，把实现经济技术进步放在优先位置。

克拉克虽然提出了市场不完善因素或垄断因素是实现有效竞争的必不可少的前提条件，但他没有具体说明哪些不完善因素在什么程度上合乎有效竞争的要求，哪些不符合要求，这一不足在与其差不多同时形成的工业组织理论(哈佛学派的竞争理论)中得到了弥补。

工业组织理论通过对市场结构、市场行为、市场结果的具体测定及对三者关系的揭示，确定了有效竞争的标准，为制定合理的竞争政策提供了依据。市场结构指一个市场的组织结构特征，包括市场形式、市场状态和各结构要素之间的相互组合。具体标志包括：(1) 生产者与需求者的集中程度；(2) 产品差异程度；(3) 市场进入条件；(4) 市场透明度。市场行为指生产者在市场上相互之间和对需求者一方所采取的行动、经营方针和策略，具体包括：(1) 企业在计划、规

① 〔美〕约瑟夫·熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆1999年版，第176页。

② 同上书，第152—157页。

定价格和产量方面的目标和方法；(2) 企业的产品政策；(3) 企业的销售策略；(4) 调整和相互适应竞争者的价格、产品和销售策略的手段。市场结果或市场绩效指企业在市场竞争中所获得的最终成果的总和，它涉及价格、产量、生产和销售成本以及产品的构成等。具体标志包括：(1) 生产的相对技术效益；(2) 与长期边际成本和长期平均成本相关联的销售价格水平，以及由此产生的利润率高度；(3) 一个部门的产量水平；(4) 与狭义的生产成本相关的销售成本；(5) 产品的水平、状况，包括外形设计、质量水准以及供给弹性等；(6) 整个部门的技术水平，如新产品的开发、生产方法的创新、技术进步的成本耗费及由此带来的效益等。有效竞争就是能带来有效市场结果或市场绩效的竞争。该理论的研究结果表明：市场结构、市场行为对市场结果都有直接作用，如高度的市场进入限制，与中等的和较低的市场进入限制相比，对市场结果具有负向影响；通过高度市场进入限制得到保护的高度集中的生产部门比带有中等程度市场进入限制的高度集中生产部门，一般说来会导致更为糟糕的市场结果。因此，为了保持有效竞争，获得令人满意的市场结果，必须运用竞争政策对市场结构和市场行为进行干预，如消除市场进入的限制、特别是人为的市场进入限制，阻止卡特尔和协调行为方式，拆散占统治地位的企业，控制合并、阻碍及联合抵制行为等等。这些主张，曾在相当长时期内成为美国政府制定竞争政策的依据。

(五) 芝加哥学派的竞争理论

芝加哥学派的竞争理论是在对美国反托拉斯政策进行分析的基础上及与有效竞争理论论战中形成的。芝加哥学派认为，有效竞争理论或哈佛学派建立在市场结构、市场行为和市场结果分析基础上提出的竞争政策主张是不适用的，他们把竞争目标分为各种各样的具体目标，不能为政府提供一个简单明了而又可行的政策手段，在实践中难以贯彻实施。竞争的惟一目标是保证消费者福利最大化，竞争政策的任务就是保持能够保证消费者福利最大化，特别是国民经济资源最佳配置的市场机制的作用。

实施竞争政策和判断竞争行为有两条衡量标准：(1) 资源配置效率，即实现国民经济的资源最佳配置，具体说就是按价格等边际成

本的竞争价格提供竞争产量;(2) 生产效率,即企业内部的资源有效利用,具体说就是达到规模效益最大和交易成本最低。为了确定什么时候、什么条件下,这两条效率标准能够达到或者受到损害,要借助于对理想市场的模型分析。理想市场的存在以下列假定为前提:(1) 合理原则,即消费者和生产者的行为目标是合理的;(2) 市场完善,特别是产品的同质性和市场透明度;(3) 竞争者数量足够多,以至于竞争者之间无需考虑对方的市场行为,即不存在行为相关性;(4) 考虑到工业内部竞争和资源的完全流动性;(5) 不存在市场进入限制,主要是人为的市场进入限制;(6) 市场机制作为经济刺激和强制系统,使竞争的协调功能、信息传递功能和资源配置功能得以实现;(7) 在市场失灵的情况下,可以依靠类似于市场机制解决,如拍卖。从长期看,在没有人为的市场进入的限制的条件下,市场竞争过程是有效的;它会在很大程度上带来能够保证消费者福利最大化的生产效率和资源配置效率。虽然市场结构是客观存在的,但它是一个时期内由于企业效益不同而产生的,高度的集中只是竞争中生存下来的企业积极活动的结果;在没有法律上规定的限制条件下形成的市场结构,从长期看,是企业成本状况的反映,市场机制本身在长期作用过程中会形成一个最佳的市场结构;因此采取干预市场结构的竞争政策,结果只能是破坏市场机制的有效作用。企业内部增长只是表明了它们具有超过竞争对手的生产效率,如果对这样一个通过内部增长形成的具有效益的大企业实行拆散政策,那么就等于破坏了生产率增长的源泉,将会损害消费者福利。兼并是企业实现外部增长的主要途径,原则上不会对竞争构成危害,因为它使社会资源集中到具有生产能力、高效益的企业手中,并且是对那些管理不善、低效率企业和管理体制的一种惩罚。只要不存在法律上的市场进入限制,潜在的竞争的压力会迫使兼并后的企业仍然处于竞争之中,不会形成长期垄断地位。竞争政策的主要任务是禁止企业在市场上的横向协调行为和分配市场的协调行为,因为随着企业集中程度的提高,也就是竞争者数量的减少,企业相互协调价格和瓜分市场的可能性增大,若不予以制止就会使市场机制的作用受到损害。纵向的价格协调行为,如原材料生产企业与加工企业之间相互协定价格,虽然也会在某种程度上

阻碍竞争，但是同时也有利于提高企业的竞争力，增大消费者福利，因为企业不能通过这种方式扩大市场份额，从而规定垄断产量、把价格提高到竞争价格之上，所以，一般不应列入禁止范围之列，而是酌情在事后予以控制。

二、竞争法与竞争价值

竞争作为法的价值目标的确立，与反垄断法律制度的建立有至关重要的联系。自亚当·斯密以降一百年整，资本主义经济基本上是在接近理想竞争的状态下运作的，既不存在大量的政府对企业进入的限制，也没有现代意义上的垄断企业，在此期间，“无形之手”担当了维护自由、公正竞争秩序的重任。到了 19 世纪末 20 世纪初，资本主义完成了从自由竞争向垄断的过渡，垄断成为资本主义经济生活的基本特征。伴随着垄断的形成和确立，竞争状况也发生了很大变化，一方面垄断组织间的竞争更加激烈，另一方面，垄断组织对中小企业的排斥、限制也更严重。自由资本主义时期那种相对平缓的竞争，以及数量较小、表现形式也比较简单的不正当竞争行为，都已成为昨日旧梦，取而代之的是数量急剧增多，形式日趋复杂，程度更加激烈的不正当竞争行为。这表明，自由资本主义时期那种依企业自律和简单竞争规则来维持市场竞争秩序的做法，已难奏效，自由、公正的竞争秩序需要国家这只“有形之手”来维持。因应这一需要，反垄断法制度首先在美国产生，随后扩展到日本、德国等少数国家，然后再扩展至其他国家。现在，世界上已有近一百个国家制定了反垄断法。

反垄断法从一产生时起，就以维护竞争为其价值目标。[①] 这一价值目标，在各国反垄断立法中有些是直接规定的，有些是间接体现出来的。日本、匈牙利、波兰等国的反垄断法，在其序言或正文的第一条中都开宗明义地宣示了其立法宗旨在于保护自由、公平竞争。如日本的《禁垄法》第 1 条明确规定：“本法的目的，是……促进公平的、自由的竞争。”匈牙利、波兰也在其反垄断法序言中明确规定反垄断法的

① 参见曹士兵：《反垄断法研究》第四节“反垄断法的价值”，北京：法律出版社 1996 年版。

目的在于“维护自由和公平的竞争”。有些国家的反垄断法没有明确规定立法目的,或者虽然规定了立法目的,但并没有明确保护竞争的立法目的,然而其对竞争价值的追求,可从其他立法条款或相关判例中体现出来。如美国的反垄断法都没有规定立法目的,无论是1890年的《谢尔曼法》,还是晚些时候制定的《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》都没有明示其立法目的,但分析这些法律的具体内容,其对竞争价值的追求昭然若揭。比如《谢尔曼法》第1条、第2条规定:“任何契约,以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋,用来限制州际或与外国之间的贸易或商业,是非法的,任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,是严重犯罪。”“任何人垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断州际或与外国间的商业和贸易,是严重犯罪。”这种规定比直接宣示本法的目的在于保护竞争更能保护竞争。在Brown Shoe v. Us一案中,美国最高法院明确提出反垄断法的立法目的是保护竞争。[①]

第三节 我国从否定竞争、承认竞争到保护竞争的历史嬗变

在古代中国,无论是统治阶级,还是思想家都没有竞争的理念。为了使自己的江山能传给子孙万代,历代统治阶级都竭力排斥竞争,在政治、经济、文化等各个领域实行全面垄断。知识分子的价值取向与统治阶级基本相同,他们也主张垄断,排斥竞争。如孔子讲“仁爱”,强调“中庸”,要求“君子不争”,时时处处都要符合“礼”的规范,要做到“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”。墨子主张“兼爱”,“非攻”,“使天下兼相爱,爱人若爱其身”。老子主张“无为”,“不争”,要人“有三宝,持而保之;一曰慈,二曰俭,三曰不敢为天下先”。庄子虽把“有竞有争”列为八德之内,但他本人并不主张竞争,而是认为“天地一指,是非两行”,要人们“忘乎天”,“无己”,“无功”,“无名”。荀子不仅反对竞争,而且还系统地论述了反对竞争的原因。他认为竞争必然

① 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,北京:中国法制出版社2001年版,第177页。

导致混乱,必须用"礼义"来规定一套等级制度,以防止产生竞争。他说:"夫两贵之不能相事,两贱之不能相使,是天数也。势位齐,而欲恶同,物不能澹,则必争。争则必乱,乱则必穷矣。先王恶其乱也,故制礼义以分之,使有贫、富、贵、贱之等,足以相兼监者,是养天下之本也。"荀子的以上看法,道出了中国古代知识分子主张垄断、反对竞争的根本原因。

1949年,中华人民共和国成立以后,受意识形态的约束,政界与理论界在相当长一段时间内,都不承认竞争在社会主义经济中的存在,甚至连"竞争"这个字眼也被带上了意识形态的色彩,被视为资本主义的洪水猛兽。理由是:第一,竞争是资本主义私有制条件下存在的经济范畴,把它用在社会主义公有制条件下,会造成理论上的混乱,也会给工作带来危害。第二,社会主义不能使用落后企业破产的办法或有意识地造成生产过剩的办法来推进生产。一个企业是否应该继续存在,取决于社会的需要,而不取决于该企业生产某种产品所消耗的劳动量是高于还是低于社会平均必要劳动量。第三,在社会主义市场经济条件下,劳动者之间、企业之间有着共同的目标,共同的利益,不存在竞争,只能搞竞赛。这种观点认为,社会主义竞赛反映的是人民当家做主,互相合作的生产关系,与社会主义公有制经济相适应,是社会主义经济发展的动力。①

十一届三中全会以后,随着"调整、改革、整顿、提高"方针的贯彻,特别是企业自主权的扩大和市场调节作用的发挥,竞争逐步开展起来,并在我国的经济领域中显示出了它的活力,推动着经济的发展和技术进步。1980年,国务院颁布了《竞争十条》,指出社会主义的竞争"对于调动生产经营单位和劳动者的主动性、积极性,扬长避短,发挥优势,推动联合,进一步把经济搞活,不断满足人民群众的需要,加快四化建设的步伐有重大作用。我们应当逐步改革现行的经济管理体制,积极地开展竞争,保护竞争的顺利进行。"1984年,党的十二届三中全会通过的《关于经济体制改革的决定》,第一次以党的决议的形式,肯定了竞争对经济发展的积极作用。决定明确指出:"长期以

① 白树强:《全球竞争论》,北京:中国社会科学出版社2000年版,第242页。

来，人们往往把竞争看成是资本主义特有的现象，其实，只要有商品生产，就必然有竞争，只不过在不同的社会制度下竞争的目的、性质、范围和手段不同。社会主义企业之间的竞争，同资本主义条件下的弱肉强食根本不同，它是在公有制基础上，在国家计划和法令的管理下，在为社会主义现代化建设服务的前提下，让企业在市场上直接接受广大消费者的评判检验，优胜劣汰。这样做，有利于打破阻碍生产发展的封锁和垄断，及时暴露企业的缺点，促使企业改进生产技术和经营管理，推动整个国民经济和社会主义事业的发展。"党的十四大以后，随着社会主义市场经济体制的确立，我国经济生活中的竞争领域越来越广泛，竞争对经济增长的刺激作用越来越显著，广大消费者亲身享受到了"来自竞争的繁荣"，竞争理念日益深入人心。

然而，正如其他许多国家所曾经历过的那样，在我国逐步引入竞争机制的过程中，反竞争行为、不正当竞争行为总是与（公平）竞争如影随形，破坏、阻碍市场竞争机制的建立。为此，国家制定了一些保护竞争的法律规范。1980 年国务院颁布的《竞争十条》，正如该法律文件的名称所揭示的那样，其宗旨就是为了保护社会主义竞争。1993 年全国人大常委会通过的《反不正当竞争法》第 1 条，也昭示了"鼓励和保护公平竞争"的立法宗旨。竞争法的制定体现了人们促进竞争、保护竞争的意志与愿望。

第四节 行政垄断对竞争的损害

垄断（结构）改变的只是竞争形式，而不是竞争本身，因此垄断并不必然限制和排斥竞争，相反，在某种情况下，垄断还可能促进竞争的进一步扩展并把竞争引向高级化。[①] 这是现代竞争理论关于垄断与竞争关系的一个基本认识。然而，这一认识并不能扩展至行政垄断。行政垄断既不会促进竞争进一步扩展，也无法将竞争引向高级化，它始终与竞争处于一种对抗的、此消彼长的紧张状态。"在健全的

---

① 〔美〕约瑟夫·熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，北京：商务印书馆 1999 年版，第 148—149 页。

竞争经济中”,“决不能允许任何集团利用特权来为自己谋利益。”[①]因此,在行政垄断与竞争之间,永远找不到经济垄断中垄断(结构)与竞争那样的合题。行政垄断的这种本性,早已为西方经济学家所洞察。简要回顾西方经济学中的竞争理论的内容,我们发现,在内容各异的竞争理论中,有一个基本的共同点,那就是没有一种理论将行政机关包括中央政府对市场准入的限制等作为理想竞争模式的必要条件,恰恰相反,它们一致将不存在人为的市场进入障碍作为理想竞争模式的必要条件之一。有些思想家如亚当·斯密甚至对政府对市场进入的限制“痛心疾首”[②]。

行政垄断对竞争的损害,在我国的经济领域中已有充分的展现。实践中,大量的行政垄断是以直接排斥、限制竞争的形式表现出来的,对此,作者不必再作例示性说明。行政垄断对竞争的损害,在理论层面上可从微观与宏观两个层面予以揭示。

从微观方面考察,行政垄断对竞争的损害,主要是造成了特定市场不公平竞争与垄断局面的出现。这里所指的特定市场是指某一具体的产品市场如面粉市场或具体的地域市场如一省、一县。从第一章的分析中我们可知,行政垄断往往是通过直接禁止某一产品或某地产品进入某一特定市场如禁止某一品牌的香烟、啤酒在某省或某市出售,或改变该特定市场中某些竞争者包括潜在竞争者的竞争参数如减免税收、提高检验标准等手段来实现的。前一种情况将直接导致该特定市场垄断局面的出现,因为,在这种情况下,任何进入该特定市场的努力都是徒劳的。在后一种情况下,竞争表面上还允许存在,但由于竞争者的竞争条件已经改变,因此,这种竞争实质上已经蜕变为一种不公平竞争。这种不公平竞争或许能持续一段时间,或许来不及开始就已经结束,为垄断局面所替代。

从宏观方面考察,行政垄断对竞争的损害,主要是妨碍了全国开放、统一市场的形成,阻碍了社会主义市场竞争机制建立与完善的进

① 〔德〕路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康,穆家骥合译,北京:商务印书馆1983年版,第14页。

② 〔美〕约瑟夫·熊彼特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,商务印书馆1999年版,第168页。

程。建立全国统一、开放的市场体系,使竞争能在一个恢弘的市场中展开,是我国社会主义市场经济体制改革的目标。全国性的市场是由许多特定市场如商品市场、要素市场构成的。全国性市场的统一,须以特定市场的开放为条件,如果特定市场是封闭的,那么开放的、统一的全国性市场就无从建立。或许单一商品市场或地域市场的不开放、不完善,对全国统一、开放市场的形成,对社会主义市场竞争机制的建立与完善并没有十分明显的负面影响,但大部分商品市场或地域市场不开放、不完善,无疑将妨碍全国统一、开放市场的建立。行政垄断对竞争的宏观损害,就在于其将本应统一、开放的全国性市场分割为彼此封闭、互不联系的条块结构。之所以说是封闭的,是因为行政权力是封闭的,之所以说是大量的,是由于行政垄断的主体是大量的,纵向有中央、省、市、县、乡五级人民政府,每一级人民政府中又有许多具体的行政部门,每一级政府或政府部门都拥有相应的管理社会与经济事务的权力,每级拥有行政权力的政府、每个拥有独立行政权力的部门都可能凭借其权力分割、封锁市场,这样在理论层面上就存在这样的情况:全国有多少个行政机关,就有多少个相对独立的市场存在,整个国家将变成一个由成千上万个彼此分割、互不联系的市场组成的网状结构。

当然,行政垄断并非与竞争无缘。由于行政垄断能给个人、企业或其他组织带来经济利益或行政利益,因此,行政垄断的存在必然会招致个人、企业或其他组织对行政垄断本身的追求。换言之,行政垄断的存在会招致对行政垄断的竞争。当然,这种竞争与本章所讨论的作为法的价值目标的竞争不是一回事,在此不拟旁及。

第六章　行政垄断与经济自由

第一节　经济自由的意义与经济自由价值

一、经济自由的意义

研究自由的著作，少有将“经济自由”作为书名或书的章节标题的。这或许是因为作者认为，经济自由只是自由的一个方面，经济自由的基本原理或原则包含于自由的一般原理之中，或许是因为作者认为，经济自由是自由最重要、最主要的方面，没必要在“自由”前面加上“经济”二字。作者在“自由”前面加上“经济”这一限定语，主要是考虑到行政垄断对自由的危害首先是经济方面的。当然，由于经济自由与政治自由在许多方面很难截然分开[①]，因此，行政垄断对经济自由的限制也必将危及政治自由层面。但本书只对行政垄断对经济自由的损害展开讨论。

（一）经济自由的含义

要对经济自由的含义作一个比较准确、恰当的界定相当困难，但为了使本章关于行政垄断对经济自由的戕害的论辩尽量做到条理清楚且具说服力，作者以伯林教授关于消极自由与积极自由的界分为基础，对经济自由的含义作一个轮廓性的描述。

1. 伯林关于消极自由与积极自由的论述。[②]1958年，英国牛津大学社会学和政治学教授伯林在发表就职（教授）演说时，选择了《两种自由观》的题目，把自由界分为“积极自由”和“消极自由”两种。所谓“消极自由”，指免除他人的强制，它由三个相互联系的命题组成。第

---

① 〔美〕米尔顿·弗里德曼：《资本主义与自由》，张瑞玉译，北京：商务印书馆1999年版，第10页。

② 〔英〕伯林：《两种自由概念》，载刘军宁等编：《市场经济与国家观念》，上海：三联书店1995年版，第196页以下。

一，自由就是不受他人的干预。伯林指出，消极自由指个人不受他人控制而独立地作出选择和活动。一个人如果可以做别人无法阻止或强制的事情，那么他就是一个自由人；如果被别人阻止去做自己本来想做的事，或被别人强制去做自己本来不想做的事，那么他就是不自由的。如果一个人不受干预地活动的范围被别人收缩到低于最低限度，那么他就是受到了强制，失去了自由。第二，限制自由是因为存在着与自由的价值等同或比自由的价值更高的价值。自由不是不受限制的。一方面，无论什么事情都可以做的自由必然是无用的或有害的。因为每个人行使这种自由时总是与他人的自由相冲突，因此，如果没有限制的话，就会出现所有人都可以无限制地干预别人的状态，结果或者导致社会混乱，使人们对最低限度的自由的要求无法得以满足，或者导致弱者的自由被强者压制或剥夺；另一方面，自由并不是人类追求的惟一目标，也不总是最高的价值。其他目标和价值，如正义、幸福、安全、平等，与自由比较，或者具有同等的价值，或者具有更高的价值。所以，为了其他的目标和价值，也是为了自由本身，必须用法律对自由的范围进行限制。第三，必须保留最低限度的自由。自由虽然应该加以限制，但这种限制本身不能是无限制的，应该给个人保留一些绝对不容侵犯的自由领域。因为如果过分侵犯自由的范围，个人就会感到他是生活在一个过分狭窄的范围，不能发展他的最基本的自由能力，而这种能力是个人追求其理想的必需条件。因此，应在私人生活的范围和公共权力范围之间划出一条界线。

积极自由有两种表现形式：一种是“精神避难”，另一种是“自我实现”。所谓“精神避难”，就是在外部强制因素面前退却，避免与它们冲突，以获得所谓精神上的自由。这种自由观与消极自由一样源远流长。古希腊时代的斯多葛学派就曾认为，奴隶与皇帝一样自由，因为不管主人对奴隶提出什么样的要求，最后总是要由奴隶本人来决定是否服从，选择权在奴隶。只要奴隶无所畏惧，宁死不屈，他就是按照自己的意愿，根据自己的选择行事，在这种意义上，他就是自由的。根据这种观念，如果暴君威胁要毁坏某人的财产，将其监禁、流放或处死其情人，但他已不再依恋于财产，也不再介意是否入监狱，他已经扼杀了自己的一切情欲，这时，他就是自由的人，因为他不再屈从于

经验的惧怕和愿望，他已经撤退到外界的盲目力量和人类的恶势力都不能触及的精神避难所。所谓“自我实现”是指这样一种自由观：获得自由的惟一真正办法，是运用普遍的理性，认识什么是必然的，什么是偶然的，以根据对必然性的认识来支配自己。斯宾诺莎、黑格尔、马克思是这种形式的积极自由观的代表。他们认为，要获得自由、解放自己，就必须认识世界，理解人类社会和历史发展的规律，认识支配人际关系和人与自然的关系中那些必然性的东西，并利用对规律的认识支配自己的行为。当，且只有当我是按照自己的意志计划我的生活，我就是自由的；计划要符合规则（不管这个规则是我制定的或是他人制定的，只要它是合理的，即符合必然性），并且有意识地利用它约束我或自由地接受它，它就没有压迫我。自我实现是一种摆脱必然性的自由，是从环境的强制中的解放，是一种自我控制与自我指导。

2.经济自由的含义。伯林教授关于积极自由与消极自由的界分一度成为西方学术界流行的分类法。根据伯林关于自由的分类及相关经济学著作关于自由的论述，作者将经济自由界定为一种消极自由，即那种经济活动包括投资、就业、消费不受他人强制的状态，而不是那种摆脱环境控制，摆脱必然性的自由，更不是那种回避冲突的所谓“精神避难”。经济自由的基本含义可通过重述上述消极自由所包含的三个命题予以阐释。

第一，经济自由就是经济活动不受他人强制。所谓强制，“指一人的环境或情境为他人所控制，以至于为了避免所谓的更大的危害，他被迫不能按自己的一贯的计划行事，而只能服务于强制者的目的。除了选择他人强设于他的所谓的较小危害之情境外，他既不能运用他自己的智识或知识，亦不能遵循他自己的目标及信念。”① 如果一个人可以选择退出，有权选择从谁那里购买什么，选择从事什么样的职业，可以选择建立什么样的企业，可以选择投资到什么行业，那么他

① 〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上册），邓正来译，上海：三联书店1997年版，第28—29页。

在经济上就是自由的。① 因为在这些情况下，他并没有受到他人的强制。

第二，经济自由并不意味着经济活动不受限制。不受限制的经济自由可能会导致经济自由本身的破坏。如契约自由是经济自由的重要内容，但如果允许限制产量、固定价格、划分市场等合同存在，那么经济自由就将大大受到损害，因此，为了保护经济自由本身，必须对经济自由进行限制。除此之外，经济自由不可能是现代社会惟一的价值目标，也不可能总是社会的最高价值目标，其他价值目标如经济民主、经济平等、经济安全等与经济自由同等重要，有时它们的重要性甚至还要超过经济自由。为了保护经济民主、经济安全与经济平等，也有必要对经济自由进行限制。

第三，经济自由必须保有一个最低限度。虽然经济自由必须受到限制，但对经济自由的限制本身也应有一定的限度。对经济自由的绝对限制就是经济专制，在这种情况下，经济自由本身不复存在。经济自由必须保有一个最低限度，就是说，有些自由除非是发生了战争或重大的自然灾害，是无论为了什么目的也不得被剥夺的。

(二) 经济自由的意义

西方经济学家用不同的方法从不同的侧面、不同的角度对经济自由的意义作过大量论述，其中论述得最深刻、最细致、也最全面的当数 20 世纪西方最重要的自由主义学术团体“朝圣山学社”的领袖人物、新自由主义的代表哈耶克。哈耶克在其 1960 年出版的《自由秩序原理》第二章“自由文明的创造力”中对自由的意义作了非常深入、非常细致、非常充分的论述。哈耶克认为，自由赋予了文明以“创造力”，是自由引发了社会进步。

哈耶克对自由的意义的论述是从论述人的无知开始的。他说：“主张个人自由的依据，主要在于承认所有的人对于实现其目的及福利所赖以为基础的众多因素，都存有不可避免的无知。”② 人的无知

① 〔美〕詹姆士・布坎南：《经济自由与联邦主义：新世纪的展望》，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，上海：三联书店 1997 年版，第 40 页。

② 〔英〕弗里德里希・冯・哈耶克：《自由秩序原理》(上册)，邓正来译，上海：三联书店 1997 年版，第 28 页。

主要表现在以下三个方面：第一，人的心智绝不能预见其自身的发展。人的心智本身就是人生活成长于其间的文明的产物，而且人的心智对于构成其自身的大部分经验并不意识——这些经验通过将人的心智融合于文明构成要素的习惯、习俗、语言和道德信念之中而对它发生影响。据此，可以进一步认为，任何为个人心智有意识把握的知识，都只是特定时间有助于其行动成功的知识的一小部分，如果我们对他人所拥有的知识在多大程度上构成了我们成功地实现我们个人目标的基本条件这个问题进行反思，那么我们就会发现，我们对于我们行动的结果所赖以为基础的环境极其无知，而且这种无知的程度甚至会使我们自己都感到惊诧。第二，在知识增长的同时，作为人自身创造的结果，对于人有意识的行动会产生重要影响的有意识知识的局限从而也是人的无知范围，亦会不断地增加和扩大，由于我们关于自然的知识的增长会恒久地向我们展现新的无知领域，所以我们依据这种知识而建构起来的文明会日呈复杂和繁复，而这也就当然会对我们在智识上理解和领悟周遭世界时造成新的障碍。人类的知识愈多，那么每一个人的心智从中所能汲取的知识份额亦会愈小，我们的文明程度愈高，那么每一个个人对文明运行所依凭的事实亦就一定知之愈少。第三，科学领域中有意识的知识只是日常意义的"知识"的一部分，除此之外，我们还拥有许多其他工具即经过验证并为大众所普遍采用的行事方式，这些工具乃世世代代相传之经验的产物，它们由"传统"和"制度"构成，它们是累积性发展的产物，而绝不是任何个人心智设计的产物。

知识与本能取向的成功组合，既非出自人们经由共同的审慎考虑而作出的选择，亦非出自人们通过共同努力寻求解决问题的方式而作出的选择。它们的成功组合，完全是个人模仿其他较成功者所作所为的结果，而且这些成功者的所作所为往往也是通过不同的象征或符号而对模仿者施以引导的。那种认为人已然拥有了一种构设文明的心智能力，从而应当按其设计创造文明的整个观念，基本上是一种错误。文明的发展，甚至维系，都取决于我们是否能为未知之事象（或偶然之事象）的发展提供最多的机会。这些未知之事象或偶然之事象是在个人将其所获得的知识与态度进行组合，将技巧与习惯进

行组合的过程中发生的，而且也是在有能力的人士遭遇他们有相应知识去应对的特定环境时发生的。正因为我们对如此之多的东西都处于必然无知的状态之中，才决定了我们必须在很大程度上去面对或然之事和机遇。当然，无论是在个人生活中抑或是在社会生活中，尽如人意的偶然之事通常来讲并不会适时发生，然而我们必须对它们的发生有所准备。对此，我们所能做的，一是增加机遇：促使个人的天赋和环境形成某种特别的组合，从而造就某种新的工具或改进某一旧工具；二是增进成功的可能：促使诸如此类的创新能够迅速地传播至那些能够利用它们的人士并为他们所利用。"我们之所以需要自由，乃是因为我们经由学习而知道，我们可以从中期望获致实现我们诸多目标的机会。正是因为每个个人知之甚少，而且也因为我们甚少知道我们当中何者知道得最多，我们才相信，众多人士经由独立的和竞争的努力，能促使那些我们见到便会需要的东西的出现。""如果存在着无所不知的人，如果我们不仅能知道所有影响实现我们当下的希望的因素，而且还能够知道所有影响实现我们未来需求和欲望的因素，那么主张自由亦就无甚意义了。"①

二、经济自由价值

自由是一种非常重要的法价值，这是法学界一致的看法。如果由此得出经济自由是法的自由价值的内容之一这一结论，恐怕不会有太多的人反对，因为经济自由是自由的组成部分。然而，如果我们说经济自由是法的自由价值中最重要的内容，可能有人会提出反对意见，因为，他们倾向于蔑视物质性的东西。可是，从经验层面考察，经济自由价值确实在法的自由价值中居于极其重要的地位，因为经济自由并不只是作为自由价值的组成部分而存在，它还是其他自由价值赖以实现的不可或缺的重要条件。

作为条件的经济自由的价值，在新自由主义经济学派的论著中有大量详细的论述。美国经济学家米尔顿·弗里德曼在《资本主义与

① 〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》(上册)，邓正来译，上海：三联书店 1997 年版，第 28 页。

自由》的第一章“经济自由和政治自由之间的关系”中，用具体案例极具说服力地论证了“经济自由也是达致政治自由的一个不可缺少的手段”这样一个命题。在弗里德曼看来，自由社会的重要特征就是个人能公开主张和宣传（只要主张和宣传被局限于说服，而不采用暴力或其他强制形式）急剧地改变社会结构，但个人要有任何属于自己的主张，他首先必须能够自由选择自己赖以谋生的职业。在一个一切工作机会都在政府当局控制之下的社会，即缺乏经济自由的社会里，那些与官方思想直接相违背的宣传和主张是不受政府当局欢迎的。[①]既是著名经济学家又是著名法学家的哈耶克，更是直截了当地指出了经济自由在法的自由价值中的重要地位，他说：“法律之下的自由意味着经济自由，而经济控制就像对取得任何目的所必需工具的控制一样，会对一切可能的自由构成限制。”[②]

弗里德曼与哈耶克的论述足以支持经济自由是法的自由价值中最重要的内容的观点。不过本书以为，经济自由在法的自由价值中的重要地位，除弗里德曼与哈耶克所说的经济自由是其他自由价值不可或缺的工具或手段这一理由以外，还与作为目的的经济自由比其他自由更难实现、更需要法律保护密切相关。虽然所有法价值都具有“不可彻底到达其极致的性质”[③]，但如果对自亚当·斯密时代以降的资本主义经济发展情况尤其是政府与市场相互关系的状况作一简要考察，我们将发现如下基本事实：随着经济的发展，经济自由价值比其他自由价值，甚至比法的其他价值更容易受到侵害，因而更需要法的精心呵护，而且这种需要的程度随着人类社会向更高级阶段的发展愈加强烈。

在自由资本主义时期，受亚当·斯密思想的影响，资本主义国家实行自由放任的经济政策，国家活动领域（公域）与私人活动领域（私域）的界限非常明确。政府活动只限于保护私人财产、保障契约履行

---

① 〔美〕米尔顿·弗里德曼：《资本主义与自由》，北京：商务印书馆1999年版，第9—23页。

② 哈耶克：《自由主义》，载刘军宁等编：《自由主义与当代世界》，北京：三联书店2000年版，第122页。

③ 卓泽渊：《法的价值论》，北京：法律出版社1999年版，第13页。

及解决纠纷等少数领域,除此之外的其他领域政府一般不进行干预。在这一时期,市场力量也比较分散,那种受人诅咒的垄断组织尚未大量产生。因此,在自由资本主义时期,无论是来自市场还是来自政府的对经济自由的限制并不十分普遍和严重。

但到了19世纪末20世纪初,随着工业革命的完成,资本主义各国经济集中化的程度不断提高,市场中出现了大量垄断组织,这些垄断组织对经济自由构成了严重威胁。为了恢复经济自由,并防止经济集中破坏民主的政治制度,美国首先对垄断组织发难,这个国家制定了反垄断法,授权政府对垄断组织的活动进行规制。反垄断法的制定表明,经济自由必须依靠政府的力量才能维持。随着经济危机的爆发,政府在经济活动中的作用越来越重要。但政府是一把双刃剑,既能促进自由,又对自由形成限制。正如英国学者波普所言,"国家尽管是必要的,但却必定是一种始终存在的危险或者(如我斗胆形容的)一种罪恶。因为,如果国家要履行它的职能,那它不管怎样必定拥有比任何个别国民或公众团体更大的力量;虽然我们可以设计各种制度,以使这些权力被滥用的危险减少到最低限度,但我们决不可能根绝这种危险。相反,似乎大多数人都不得不为得到国家的保护而付出代价,不仅以纳税的形式,甚至还以蒙受耻辱的形式。"[①] "所有的政治权力都具有一种内在的趋势,即力图毫无节制地发挥其影响,尽可能更多地扩张其影响范围,从而统治一切。不允许他人和事物在没有统治者干预的情况下自由发展,这是每个统治者秘而不宣的目标。"[②] 显然,在现代社会,要追求自由必须限制自由,而限制自由又容易对自由产生危害,这种紧张关系需要法律的密切关注。

第二节 行政垄断对经济自由的损害

依哈耶克的观点,要对某种行为给自由所造成的全部损害进行

---

① 〔英〕波普:《自由主义的原则》,载刘军宁等编:《自由主义与当代世界》,上海:三联书店2000年版,第143—144页。

② 〔奥〕路德维希·冯·米瑟斯:《自由与繁荣的国度》,韩光明等译,北京:中国社会科学出版社1994年版,第103—104页。

考量是相当困难的，因为我们无法确知自由究竟能给我们带来什么，因而也无法预测对自由的限制将使我们失去什么，失去多少。“自由的价值在于它为不曾预见的和不可预测的行动所提供的机会，所以我们也鲜能知道对自由施以特定限制究竟会使我们失去什么。任何这种限制，亦即除了实施一般性规则以外的任何强制措施，其目的都在于实现某种可预见的特定结果，所以因这种限制而未能成就的东西则往往是不为人所知的。对市场秩序施以干预所会产生的直接后果，在大多数情况下都是即时且明确可见的，但是其较为间接且影响深远的后果却在很大程度是未知的，因而也会为人们所忽略。此外，我们也绝不可能意识到以这种干预方式实现特定结果所须付出的全部代价。”[①] 基于此，本节只对行政垄断对经济自由，主要是经营自由与消费自由造成的直接损害进行论述。

经营自由是公民的一项基本人权。美国宪法学者认为，经营自由是“不可让渡的个人权利之一，虽然基本法未明确规定，但却是固有的”[②]。站在自由市场经济的角度上说，经营自由是市场主体最基本的权利，生产什么、生产多少、何时进入、何时退出、销售给谁、销往何处、售价几何等等都是企业自己的事情，政府一般不得限制，也不得特许某人生产任何产品，否则就构成对经营自由的侵犯。1602年，英国一家法院在其判决的垄断案中曾规定，特许生产任何产品的排他性权利乃是对普通法及臣民自由的侵犯。“如果特许某人垄断生产梳棉机或垄断经营某类交易，那么这种特许就侵犯了臣民的自由，因为在颁布此种特许之前，臣民可以从事这类活动或者可以合法地从事这类交易活动，因此，这种特许也就违反了这一伟大的宪章。”[③] 在现代市场经济条件下，市场主体的自由要受一些限制，如对关系到国家安全的军工产品，只能由特定的企业生产；对关系国计民生的产品的

---

① 〔英〕F. A. 哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来等译，北京：中国大百科全书出版社2000年版，第89页。

② 〔美〕詹姆斯・安修：《美国宪法解释与判例》，黎建飞译，北京：中国政法大学出版社1994年，第119—120页。

③ 〔英〕F. A. 哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，上海：三联书店1996，第211页。

价格，不能超过国家定价或政府指导价；签订合并契约有时要受反垄断法执法机关的审查；规定某些商品不能公开销售或不能向特定的对象销售等。但即便如此，经营自由仍是现代市场经济条件下市场主体最基本的权利。不管在何种性质的国家，只要它是实行市场经济，市场主体仍然享有决定生产什么、生产多少、何时进入、何时退出、销售予谁、销往何处等权利。然而，在行政垄断条件下，市场主体的经营权明显受到了侵害，其中最明显的是进入市场的权利、退出市场的权利、销售商品的权利受到了侵害。对进入市场的限制主要是行政审批制、行政许可制，对退出市场的限制就是对企业破产的限制，对销售商品的限制主要是封锁市场。按照哈耶克的观点，这些自由是除了战争、自然灾害以外的其他任何理由都不能加以剥夺的。

"消费者的自由……是任何人不得侵犯的基本权利。"侵犯了这种自由，"应当算是一种反社会的暴行"。[①] 如果说为了公共利益的需要，对市场主体的经营自由进行某些方面的限制仍是必要的，那么对消费者的消费自由进行强制则是一种赤裸裸的侵犯人权的"暴行"。因为经营者的某些经营行为可能给社会公共利益造成损害，而消费者的消费行为对社会公共利益是无害的。"我相信，个人如何使用钱财的问题，跟国家毫无关系——不必在这一点上进行任何道德方面的教育。"[②] 因此，出于维护公共利益的需要，强制消费者购买某些产品或接受服务的理由是不能成立。当然，实践中，也很少有哪一个行政机关以这种理由强制消费者购买某种产品或接受某种服务。常见的情况是，强调保护消费者的特定利益而强迫消费者购买某一特定产品，如强调保护居民的财产安全而强迫住户购买、安装其指定的经营者的防盗门等。这种理由其实更难成立，因为没有任何一个人会比消费者本人更加关心自己的利益，显然，行政部门在差强人意。由此观之，行政机关强制消费者购买某种商品是无任何根据的，是一种赤裸裸的侵犯消费自由的行为。

---

① 〔德〕路德维希·艾哈德：《来自竞争的繁荣》，祝世康，穆家骥合译，北京：商务印书馆1983年版，第16页。

② 同上书，第61页。

第七章　行政垄断与经济效率

第一节　经济效率的意义与经济效率价值

一、经济效率的意义

“效率”一词源于拉丁文 efficientia，英文是 efficiency，本来是有效的意思。19 世纪前，效率概念主要用于机械工程方面，以后逐渐运用到经济学和管理学领域，现在作为一个常用词，广为人们使用。不管人们在什么场合下使用效率概念，它的基本含义只有一个，即投入与产出之间的比率。效率有很多方面，如工作效率、管理效率等，经济效率只是效率的一种，当然也是最主要的一种，在很多情况下，如果没有特别注明，效率一般就是指经济效率。所谓经济效率是指从一个给定的投入量中获得最大的产出，这里的投入包括人的努力、机器、厂房、原材料等实物资本及土地、矿产等自然资源。而产出则是成千上万不同种类的商品和劳务。当然，经济效率一词可以在不同的层面使用，如企业效率，它是单个企业的投入产出比率，社会整体经济效率指整个社会的投入产出比率。本书所指的经济效率指社会整体经济效率。

经济效率的意义在于它能最大限度地满足人们的物质生活需要。人的需求是无限的，这不仅仅指个人欲望的无止境，而且指人类将无限期地繁衍生存下去，整个人类对物质资料的需求是无限的。但是用于满足人们欲望的资源，相对于人的需求来说，却总是有限的，即资源是稀缺的。资源的稀缺性，原本是经济学的一个重要假设，随着人类的不断繁衍及人类的频繁活动，这一假设逐步变成现实：石油资源随着汽车、飞机等的发明、使用日益减少，就连被人们认为取之不尽、用之不竭的水资源也越来越供不应求。这表明，在人类的无限需求与有限资源之间存在着一种紧张关系，而解决这一紧张关系的

最好的办法就是用最少的资源生产出最多的能满足人类需求的物质财富,即提高经济效率。

二、经济效率价值

"与秩序、正义和自由一样,效率也是一个社会最重要的美德。一个良好的社会必须是有秩序的社会、自由的社会、公正的社会,也必须是高效率的社会。""既然效率是社会的美德,是社会发展基本价值目标,那么,法律对人们的重要意义之一,应当是以其特有的权威性的分配权利和义务的方式,实现效率的极大化。"① 然而,传统的法价值中并没有效率,只有秩序、公平、自由、正义等。效率在法的价值体系中的地位的确立,源于以下两个相互关联的事实:以促进经济有效增长为目的的经济法的产生和经济分析法学的兴起,其中前者为经济效率价值的确立奠定了现实基础,后者为经济效率价值的确立提供了理论依据。

(一) 经济效率价值确立的现实基础

经济法的产生为经济效率价值在法的价值体系中的地位的确立奠定了现实基础。经济法的产生根源于经济效率最大化目标在实践层面与理论层面的背离。一如前述,人类的无限需求与有限资源之间存在一种紧张关系,缓解这一紧张关系的最好办法就是提高经济效率,即用有限的资源生产出最多的能满足人类需求的物质财富。这种情况在理论层面上被证明是可能的。经济学家的研究表明,在给定的技术知识、土地、劳动者和资本的情况下,存在着一条经济上的生产可能性边界 PPF(production — possibility frontier),这条边界就是一个经济能够获得的最大产量,如果一个社会的经济处于 PPF 边界上,那么经济效率就算达到了最大化,社会全体成员对物质财富的需求就能得到最大可能的满足。

为了实现经济效率的最大化,即,为了使经济停留在生产可能性边界之上,人们设计了达到这一目标的两条路径:市场路径与计划路

① 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),北京:中国政法大学出版社 2001 年版,第 217、219 页。

径。市场路径以每个人都是追求自身利益最大化的“经济人”、社会利益是个人利益的总和为逻辑起点，认为只要实现了个人利益最大化，那么社会利益最大化也将随之实现，因此，主张完全由市场即所谓的“无形之手”配置稀缺资源。计划路径以生产社会化与生产资料私人占有制之间存在着不可调和的矛盾及政府是全知全能且能完全代表全社会利益的“道德人”为逻辑起点，认为如果通过一个有高度权威的机构经由审慎的计划对全社会的人、财、物、产、供、销等进行统一安排，社会整体经济效率最大化就可实现，因此，主张由国家这只“有形之手”配置稀缺资源。然而，经济史表明，无论是市场路径，还是计划路径，都不能一劳永逸地使经济效率最大化的目标得以实现。19世纪末20纪初，资本主义世界普遍爆发的严重经济危机所导致的社会资源的巨大浪费，及20世纪中叶以后，实行计划经济体制的国家经济效率长时间的低下都是极具说服力的例证。

市场路径与计划路径之所以不能独自实现经济效率的最大化，原因在于这两条路径都有其自身无法克服的缺陷。这些缺陷，当时的路径设计者没有或无法预知，但在稍后的经验层面中却大量表现出来。市场路径的缺陷在于其无法使个人利益始终与社会利益保持一致，即个人利益的最大化并不总能保证社会利益的最大化。比较容易理解的例子，就是一个生产某种畅销产品但同时会散发大量SO_2的化工厂，如果要将有毒的SO_2在它散发于空中以前就予以消除，那么必须安装排污设施，这将耗费该厂一笔数目非常可观的流动资金，出于本厂利益最大化之考虑，工厂没有安装排污设施，而是让浓烟日复一日地滚向天空，结果工厂附近农户的庄稼日趋枯萎，牲畜渐渐死亡。显然，工厂的利益最大化行为并没有导致社会利益最大化的结果，而是相反。计划路径的缺陷，在于作为计划制定者与实施者的政府并非全知全能的人，它与企业一样，也只具有有限的知性，因而常常导致决策的失误。同时，政府官员并非“经济阉人”，并不能始终代表公共利益，他们也有自己的利益追求，甚至为了自己的私利可能侵害公共利益。

为了克服市场路径与计划路径存在的如上缺陷，人们创制了一种新的法律规范。这种法律规范一方面授予政府干预市场的权力，即

在“市场之手”失灵的领域或失灵的时候，政府可依照法律的授权对市场进行干预，使市场优化资源配置的功能得以恢复；另一方面，这种法律规范又对政府干预市场的权力进行限制，只有那些市场做不好，而政府肯定能做好，或者政府干预的成本少于干预所获取的收益的时候，政府的干预才能被允许。这种法律规范就是经济法规范。它从产生时起，就以追求社会整体效率最大化为根本目标①。

（二）经济效率价值确立的理论基础

经济效率作为法的价值目标确立的理论基础是经济分析法学。经济分析法学是 20 世纪 60 年代兴起于美国的一个法学流派，该流派的特点就是致力于将经济学与法学相结合，运用经济学的观点和方法特别是微观经济学的观点和方法来分析法律问题，把经济学中的效益观引入了法学领域。其代表人物有科斯、加尔布雷思、贝克尔及波斯纳等。

科斯是经济分析法学的创始人。1960 年，科斯发表了著名的《社会成本问题》一文，该文运用交易成本理论分析了法律制度对资源配置的影响，揭示了隐含于法律之中的内在经济逻辑：在零交易成本的条件下，不管怎样选择法律规则，配置权利，有效益的结果都会出现；如果存在现实的交易费用，有效益的结果就不可能在每个法律规则、每种权利配置方式下发生，在这种情况下，有效的权利界定和分配是那种能使交易费用的效应减至最低的界定和分配，这些效应包括交易费用的实际发生和为避免交易费用而作出的无效益的选择。选择适当的法律规则，可以减少不必要的交易成本，从而达到资源最优配置的最有效的结果。这一结论后来被斯蒂格勒称为“科斯定理”。以科斯定理为分析的理论基础和基本框架，经济分析法学家对财产法、合同法、婚姻家庭法、侵权法、程序法、行政法、刑法、宪法等几乎全部法律问题进行了经济分析，至波斯纳时，经济分析法学发展成为有自己的范畴、定理、研究方法的完整理论体系。

经济分析法学的理论观点非常鲜明，其核心观点是：“效率”——

① 参见欧阳明程：《整体效益——市场经济条件下经济法的主导价值取向》，载《法商研究》1997 年第 1 期。

以价值得以极大化的方式分配和使用资源，或者说财富最大化，是法的宗旨。所有的法律活动（包括立法、执法、司法、诉讼）和全部法律制度（私法制度、公法制度、审判制度），说到底，都是以有效地利用自然资源，最大限度地增加社会财富为目的的。这一点，在经济分析法学的集大成者波斯纳的经典之作《法律的经济分析》中得到了最直接的、最全面的体现。波斯纳在该书中直言不讳地说："法律的许多领域，尤其是（但并不仅限于）普通法领域中的财产权、侵权、犯罪、契约，都无不打上经济理性的烙印。虽然很少有在法官意见中明确引用经济学概念，法律裁决的真实理由往往被法官意见的特殊语词所掩盖而非阐明。……，法律教育主要就是要求人们学习如何透过语词的表面现象发现这些理由，其中的许多理由可能反映出其所拥有的经济特征。"法律经济学的主旨就在于解释和说明"法律制度中的许多原则和制度"就是"促进资源有效率配置的努力"。[①]

经济分析法学用经济学的观点和方法对法的效率价值作了全面而深刻的挖掘，尽管人们对经济分析法学所运用的研究方法及由此得出的结论有褒有贬，但因其所采用的研究方法为法学研究开辟了一片新的天地，更重要的是它的研究所得出的结论比较贴近当代经济生活中经济与法密切相联的实质，因而得到了大部分法学学者的赞赏。正是科斯、贝克尔、波斯纳等经济分析法学家的智慧与勤劳，法所内涵的效率价值才得以昭于世人。

第二节　提高经济效率——中国现代化进程的主旋律

社会主义能够创造出比资本主义更多的满足人民需要的物质文化财富，是社会主义优于资本主义的重要表征。中华人民共和国成立以后，开始了大规模的社会主义经济建设，但经过三十年的努力，不但没有创造出比资本主义更丰富的物质生活资料，而且经济发展水平与世界发达国家的差距越来越大。有学者曾以 1980 年西方发达国

---

① 波斯纳：《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版，第 26、27 页。

家和我国的人均 GNP 值为依据，对我国与西方发达国家的差距进行过如下估算：1980 年西方发达国家人均 GNP 大约 10000 美元，我国的人均 GNP，如果按照官方汇率，则为 300 美元，前者大约为后者的 30 倍。根据世界银行估计，即使剔除汇率可能导致的扭曲和偏差，西方发达国家与中国在人均实际收入方面的差距，至少也有 10 倍。以此为基础，假定从 1980 年起发达国家人均 GNP 每年增长 2%，我国每年增长 5%，我们需要 121 年才能赶上发达国家。按经过校正后的实际收入，也需要 79 年。如果发达国家每年增长 3%，我国每年增长 4%，按官方汇率则需 363 年才能赶上发达国家，按校正后的实际收入，也需要 238 年才能赶上。[①] 尽管这只是一种测算，具体数字并不一定真实，但其所反映的事实是客观存在的。中国与发达国家经济发展水平的差距之所以如此之大，关键在于改革开放前，社会的主导价值取向不是效率，而是公平，即社会关注的重心在于如何使"蛋糕"分得更公平，而不是如何使"蛋糕"做得更大。

当可供分配的蛋糕越来越小，以致有人因分不到蛋糕而挨饿的时候，效率问题引起了政府的重视。简单地回顾一下改革开放以来，党的几次具有重大历史意义的会议所作出的有关决定，我们不难发现，效率问题始终是党和国家极其重视的问题。1978 年 12 月，党的十一届三中全会作出决定，要把党和国家的工作重心转移到经济建设上来；1982 年召开的党的十二大确定分两步走，要在 20 世纪末实现国民生产总值翻两番；1987 年党的十三大确立了"以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放"的基本路线；1992 年党的十四大明确了国家经济体制改革的最终目标就是要建立社会主义市场经济体制，指出社会主义的本质就是"解放生产力，发展生产力，消灭贫穷，消除两极分化，最终实现共同富裕"。以上决定都体现了党和国家对经济建设问题的终极关怀。而经济建设问题的根本是如何优化资源配置，即如何提高经济效率的问题。

党和国家对经济效率的日益重视，改变了广大人民群众只重公

---

① 吴敬琏，刘吉瑞：《论竞争性市场体制》，北京：中国财政经济出版社 1991 年版，第 11—12 页。

平,不讲效率的观念。20世纪80年代,“时间就是金钱,效率就是生命”的口号从沿海开放城市逐步深入内地。目前尽管在理论界仍然存在公平与效率谁先谁后的论辩,但效率作为一种价值目标为广大人民群众所接受已是一个不容争辩的事实。

第三节　行政垄断对经济效率的减损

依照行政机关部分官员的说法,地区封锁、部门垄断、强制联合限制竞争等行为是为了提高本地区、本部门的经济效率。下面的分析将使我们发现,行政垄断不但不可能提高经济效率,反而会对经济效率造成损害。因为行政垄断会浪费资源,导致经济福利的减损,同时也使规模经济效应难以形成。

一、行政垄断导致经济福利的减损

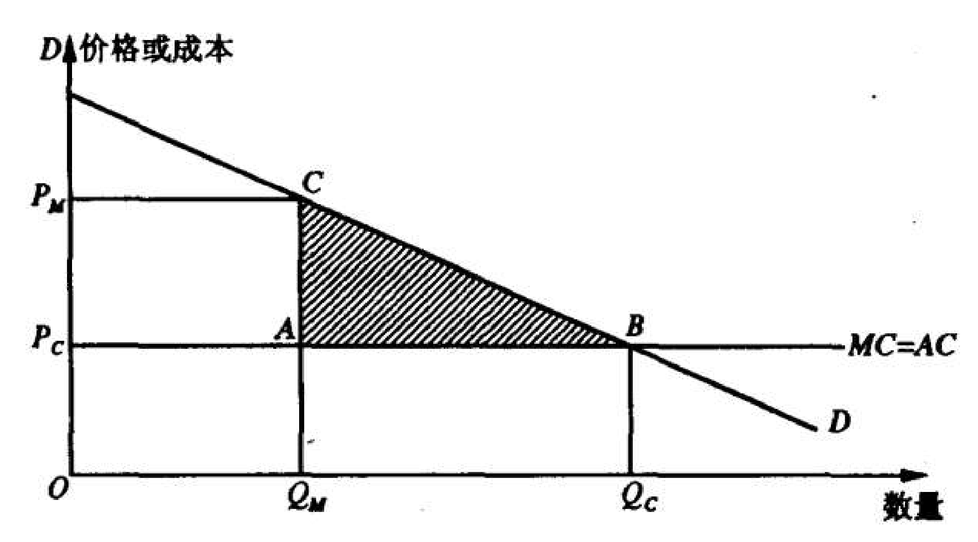
行政垄断引起的经济福利损失,可用西方公共选择学派中的寻租理论予以解释。寻租理论是20世纪60年代产生于美国的一个经济学流派,代表人物有塔洛克、巴格瓦蒂、布坎南等人。该流派的主要观点是,如果资源通过政治过程而不是市场过程予以分配,那么就会导致人为的资源短缺,并诱发人们寻求这些短缺资源的活动,这种活动对社会的损害往往大于租金获得者的收益。

对垄断的社会成本问题进行分析是寻租理论的逻辑起点与重要内容。1954年美国经济学家A.哈伯格在《美国经济评论》发表的《垄断和资源配置》一文,利用马歇尔提出的消费者剩余与生产者剩余概念对垄断的社会成本进行了分析,分析得出的结论为:垄断引起的经济福利损失为三角形面积ABC,即如下页图所示的阴影三角形,这个三角形也叫“哈伯格三角形”。

分析过程如下:

假定企业的长期平均成本对于企业和整个产业都不变,用$MC=AC$表示,在完全竞争的假定下,市场均衡产量由需求曲线DD和成本线$MC(=AC)$的交叉点B来决定,这时均衡产量为Q_c,市场均衡价格为P_c。此时的消费者剩余在上面的几何图形中就是面积


OQ_cBD 与面积 OQ_cBP_c 的差，也就是三角形面积 P_cBD。



垄断的社会成本：哈伯格三角形，引自张军：《特权与优惠的经济学分析》第 4 页。

但如果上述企业因某种原因如从政府那里得到垄断特权而成了市场上该产品的垄断者，为了追求垄断利润，这个垄断者则限制生产到比如 Qm 以维持较高的垄断价格 P_m。这时生产者的剩余就从零增加到了 P_cACP_m，而消费者剩余则从原来的 P_cBD 下降为 P_mCD，也就是说，由于垄断特权的存在，消费者剩余减少了 P_cBCP_m $(=\Delta P_cBD-\Delta P_mCD)$。其中有一块 P_cACP_m 转到了垄断者手中，成了生产者剩余，这一块面积对于社会来说并非福利损失，只是代表福利的转移。由垄断特权造成的经济福利净损失实际只有三角形面积 ABC。

利用上述理论及拉尔夫·爱泼斯坦编辑整理的 73 个制造行业在 1924—1928 年有关资本收益率的统计资料，哈伯格对美国制造业因垄断引起的福利损失进行了测算，测得结果为美国制造业在 20 世纪 20 年代因垄断带来的福利净损失约为 5900 万美元，只占当年美国国民收入的千分之一。

哈伯格的结论，引起了不少学者的批评。首先向这一结论挑战的是经济学家哈维·莱本斯坦。莱本斯坦认为，哈伯格的结论是建立在企业自动追求成本最小化这一假设的基础上的，但在免受高竞争压力的企业中，企业成本最小化的假设并不正确。因为，在垄断条件下，企业可能疏于管理，雇员的努力程度将会减低，这样企业和经济就不

可能在与资源相一致的生产可能性边界上运行,相反是在生产可能性边界以内运行。因此,垄断引起的经济福利损失还应包括企业因竞争压力减小、经济效率降低而产生的额外福利损失。

继莱本斯坦之后,塔洛克对垄断的社会成本理论又作了进一步修正。塔洛克认为,哈伯格与莱本斯坦的研究都忽视了一个重要问题:垄断者的垄断特权并不是神的恩赐,即垄断特权的获取并不是免费的。既然垄断者能从消费者那里获得如此丰厚的利润,那么潜在垄断者就会把大量资源用于寻求丰厚利润的活动,即所谓的"寻租"。在寻租活动中,寻租的个体成本与社会成本是不一致的。寻租的个体成本即个体寻租者所愿意支付的寻租成本总是少于预期收益,如果寻租成本大于预期收益,他就不会寻租。但寻租的社会成本(个体寻租成本之总和)往往大于租金本身。这是因为,寻租市场也是竞争性市场,只要有租金存在,就有希望得到租金的竞争者。而每个竞争者对于其他竞争对手将花多少代价用于寻租是无从知晓的,即在寻租市场上,也存在信息不对称问题。为了获得租金,寻租者往往提高自己的寻租投入,直至预期收入与租金接近。这样,必定产生社会资源的浪费。

举一个例子,如果政府对某一行业实行准入限制,规定该行业只发给一张许可证,并由此创造了100万元的租金。现在市场上有10个竞争者想得到这张许可证。如果寻租成本为10万元,那么对于单一的寻租者而言,他的预期收入为90万元,对于整个社会而言,寻租成本(10×10万元)与租金恰好相等。由于竞争的存在,单个寻租者投入的寻租成本可能高于10万元比如说40万元(对于每个寻租者而言,花费任何低于100万元的寻租代价都是值得的),那么寻租的社会成本就达到了400万元,超过租金的四倍,而最终结果只有一个寻租者的投资得到回报,其余寻租者的寻租费用(360万元)就被无谓地耗散了。这些资源原本是可以投入生产领域生产更多的社会福利的,因为寻租的存在,就被分散、闲置或者被转移了。事实上,资源浪费活动并没有到此止步。为了防止既得租金被政府抽回或被竞争失利者卷土重来夺取部分或全部租金,暂时获得许可证的人不得不把稀缺资源用于保护已获取的租金。除此之外,消费者也会在不同程

度上花费稀缺资源与寻租行为斗争，如果将这些支出都考虑进去，寻租所引起的资源浪费就远远超过了360万元。

以上是西方经济学界关于垄断引起的社会福利损失的一些理论。根据这些理论，我们知道，不管怎样，行政垄断都会导致社会福利的减损。

二、行政垄断阻碍规模经济效应的生成

行政垄断对经济效率的损害，还表现在行政垄断阻碍了规模经济的发展。规模经济是工业经济中的一种普遍规律，指随着企业生产规模的扩大，单位产品平均成本随产量的增加而降低的现象。发展规模经济对促进国民经济增长，促进科技进步与创新，提高国际竞争力，具有十分重要的意义。

（一）中国规模经济的现状

我国的规模经济现状很不理想：不仅企业相对规模小，而且很多规模效应比较显著的产业都没有达到最低有效规模效益标准。首先，与发达国家相比，我国的企业规模普遍过小。如我国最大的工业企业——大庆石油管理局，1994年销售收入仅为358.83亿元，按1∶8美元对人民币的汇率，这一规模仅相当于埃克森石油公司的1/22，壳牌公司的1/21，莫比尔公司的1/13；电子行业100家企业销售收入之和，只相当于IBM公司的1/5。即使我国最大的500家工业企业，1994年的全部销售收入之和，折合美元为1527亿美元，尚不及美国通用汽车公司一家多(1576亿美元)。其次，我国绝大部分企业没有达到目前技术条件下的“最小有效规模”。1991年，国家计委会同有关部门完成了23种主要工业产品的经济规模标准研究，在大量统计数据和经济技术定量分析的基础上，确定了这些产品的规模经济标准。这一份具有权威性的研究报告表明，我国主要工业产品的现有生产规模与应该达到的经济规模标准，还存在很大差距。如纺纱厂经济规模应在3—5万锭，未达到经济规模标准的企业数占纺纱企业总数的77.6%；炼油厂的起始规模为年产250万吨，现有企业低于

这一标准的占总炼油企业的58%。[①] 规模经济失败最明显的产业是汽车制造业。研究表明：当小汽车年产量由1000辆增加到5万辆时，单位成本将减低40%；由5万辆增加到10万辆时，单位产品成本将减低5%；由10万辆增加到20万辆时，单位产品成本将减低10%；由20万辆增至40万辆时，成本将减低5%；当年产量在40万辆以上时，成本减低幅度急剧降低；达到100万辆时，规模经济不再出现。而我国的汽车制造业是各个工业部门中发展最为失败的产业。据国家计委统计(1996年)，目前我国共有汽车总装厂122家，民用改装厂716家，汽车企业数量几乎超过了世界上其他所有国家汽车企业数量的总和。而汽车总产量不到150万辆，不及"通用"的1/5，年产量超过10万辆的只有4家。汽车工业的排头兵一汽集团和二汽集团，1995年度年产量分别只有18万多辆和14万辆，还没有达到20世纪50年代的最低规模经济标准(40万辆)，更不用说90年代的规模经济标准(100万辆)了。由于企业规模过小，许多规模经济效益比较显著的产业的劳动生产率相当低下。如1989年我国汽车制造业实物劳动生产率为每人0.37辆，而1980年美国为每人12辆，日本为每人41辆；又如钢铁业，当前国际先进水平的劳动生产率为600—900吨每人，而我国只有30吨每人。由于企业规模过小，劳动生产率低下，因此各产业的国际竞争能力也相当弱，资料显示(1993年)，我国合资生产的各类轿车的零售价都大大高于国际同类产品的零售价格，如一汽奥迪的零售价格为29万元人民币，而国际同类产品德国奥迪的零售价格仅为13万元人民币，可见，我国产业的国际竞争力是多么微弱。

(二) 行政垄断对规模经济的损害

规模经济效应不显著，不是因为国家不重视发展规模经济。事实上，我国对发展规模经济非常重视。如早在改革开放初期，国家就试图加速汽车工业的集中化进程，以获取规模经济效益。20世纪80年代，国家采取了许多重大措施推动企业集团的发展。90年代初制定了《90年代国家产业政策纲要》，提出了"对规模经济效益显著的产

---

① 陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，北京：商务印书馆1997年版，第210页。

业，应形成以少数大型企业（集团）为竞争主体的市场结构"的目标；1996年全国人大通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展"九五"计划和2010年远景目标纲要》，都是国家重视发展规模经济的明证。

规模经济效应不显著，也不是反垄断造成的。因为迄今为止，我国尚未真正建立反垄断制度，不存在对企业兼并进行控制、解割大企业等情况。规模经济效应不显著，主要是行政垄断造成的，是地区封锁、部门分割等行政垄断阻碍了我国规模经济的发展。

第一，行政垄断导致了X效率的产生，企业难以通过自身资本积累实现规模经营。X效率是美国经济学家莱本斯坦(Leibenstein)用以反映企业内部效率低下状态的基本概念。莱本斯坦认为，免受竞争压力的保护不但会产生市场配置低效率，而且还会产生另外一种类型的低效率，即免受竞争压力的厂商明显存在超额的单位生产成本，因当时尚不明确这种低效率的性质，所以称为X效率。X效率在西方国家一般产生于规模较大的垄断性企业。西方学者在研究中发现，大企业是由企业家、白领和蓝领等群体、集团共同组成的组织，在竞争性市场上，为了维持企业生存，各集团会团结一致提高效率，而在获得垄断地位的条件下，由于竞争压力减弱，企业内各集团的行为就会偏离追求最大利润和资产增值这一企业目的，去追求组织内部各集团自身利益，导致企业效率下降、缺乏创新意愿；企业规模过大同时也引起企业内部协调和资源分配的组织成本上升，当它超过了市场外部的交易成本时，X效率就产生。[①] 我国企业的规模普遍过小，理论上不存在X效率问题。然而从实践层面考察，X效率在我国的各类企业尤其是国有企业中却相当普遍，究其原因，就是因为有行政垄断存在。在行政垄断条件下，由于外地区、外部门的商品很难进入本地区、本部门市场同本地商品进行竞争，因而本地企业根本就没有竞争压力，没有创新的动力与热情。尤须强调的是，X效率不仅在小企业中存在，在大企业（企业集团）中也同样存在。大企业（企业集

① 张泽荣主编：《20世纪的经济学发现》，北京：经济科学出版社2000年版，第348—351页。

团)中的X效率现象同样也是行政垄断造成的,因为我国的企业集团绝大部分是政府通过"拉郎配"的方式捆绑而成。由于"拉郎配"违背了企业意愿,因此,通过此种方式组建的企业集团常常貌合神离,使得企业内部交易成本常常高于外部交易成本,规模效应难以实现。如武钢集团主要由武汉钢铁公司、武汉市所属企业、原冶金部部属企事业单位三部分组成。其中武汉市冶金局所属的6个企业因产权关系始终不明确,造成了武汉市不愿投资,武钢又不敢投资,亏损4亿元的局面,而原冶金部所属的三个单位在主管部门动员下进入武钢集团,但武钢本身并不需要如此庞大的建设队伍和专门的勘察设计机构,结果只能保持一种合并报表、干部由部里任命后由武钢宣布等形式上的联系,在经营上则各谋生路。更糟糕的是,"拉郎配"不但不能产生规模效应,反而可能使原来的优势企业失去优势。"杭州四大家电企业强强联合失手案"就是一例。

第二,行政垄断使企业的经营活动局限于狭隘的市场范围,企业缺少规模经营所需的外部条件。亚当·斯密曾指出,市场范围和市场容量限制劳动分工和企业规模大小,只有当对某种产品的需求随市场范围的扩大增长到一定程度时,专业化的生产者才能实际出现,大规模生产经营才有实际存在的经济意义。① 简言之,规模经济的成长需要以较大的市场范围和市场容量为前提条件。我国地域辽阔、人口众多,如果全国市场统一起来,那么我国国内市场的范围是相当广阔的,市场容量也非常巨大,完全有利于规模经济的生长。然而,因为行政垄断的存在,本应统一的大市场变成了若干条块分割、互相封锁的小市场,使企业的生产经营活动只能局限于本地区、本部门狭隘的市场范围内,既不能从本地区、本部门市场外筹措大规模投资和生产经营所必需的资金、原材料和能源,也无法跨越地方政府、政府部门划定的市场范围销售其产品,实现其商品价值。这样,即使那些有快速积累愿望与扩张冲动,想在高起点上进行大规模生产经营的企业,也只能"望市兴叹",不得不在现有约束条件下维持低规模的生产经营活动,或者改转投资少、见效快的项目。

---

① 戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,北京:经济科学出版社1997年版,第172页。

第三篇 控 制 论

反行政垄断，是我国中央政府一以贯之的主张。早在20世纪80年代初，国务院就颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，明确规定任何地区和部门不得封锁市场。进入90年代后，党中央和国务院反行政垄断的决心进一步坚定。江泽民同志在党的十四大报告（1992年10月）和十五大报告（1997年9月）中都明确指出：要坚决打破条条块块的分割、封锁和垄断，促进和保护公平竞争，充分发挥市场对资源配置的基础性作用。全国人大常委会也于1993年9月制定并通过了《反不正当竞争法》，初步建立了行政垄断控制制度。新世纪到来后，反行政垄断继续成为党和国家的一项重要工作。2000年10月，党的十五届五中全会通过了《关于制定国民经济和社会发展第十个五年计划的建议》，提出要"进一步开放市场，建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系。打破部门、行业垄断和地区封锁，进一步放开价格，发挥市场在资源配置和结构调整中的基础性作用"。2001年4月21日，国务院发布了《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》。该《规定》详尽列举了地区封锁的各种表现形式，并对地区封锁的处理机关及实行地区封锁应承担的法律责任等作了细致规定。可以说，自行政垄断产生时起，中央政府的反行政垄断活动就没有停止过。然而，反观反行政垄断所取得的实际效果，我们发现并不理想：二十多年来，行政垄断问题并没有从根本上得到解决，在某些领域甚至愈演愈烈。究其因由，乃在于现行行政垄

断控制制度在设计与运作方面存在某些迄今为止人们尚未认识到的缺陷。这些缺陷的认知与克服需要学界从理论上作出深入细致的分析与论证。

事实上,关于如何控制行政垄断的学术研究,及对现行行政垄断控制制度缺陷的学理分析,是紧随行政垄断的出现与行政垄断控制制度的建立而开始的。十多年来,众多学者就如何控制行政垄断问题提出了自己的见解和主张,如通过深化体制改革消除行政垄断;加快反垄断法的制定对行政垄断进行控制等等。应该承认,学界关于如何控制行政垄断的各项建议有不少合理成分。然而,整体考察,这些建议的不足之处也毋庸置疑。譬如,有些学者的研究结论,仅仅是立足于某一特定视角,而不是对行政垄断进行系统考察后得出来的;有些论者对自己提出的观点没有进行充分和深入的论证,给人一种想当然的感觉。总之,目前关于如何控制行政垄断的研究还不够全面、不够深入,提出的建议也缺乏可操作性。基于此,本篇拟在学界既有研究成果的基础上,就如何控制行政垄断问题,包括控制行政垄断的路径选择、构建行政垄断控制制度的理论依据、行政垄断控制制度之具体内容等进行系统、深入、细致的探讨,旨在提出一条相对来说可操作性较强的行政垄断控制思路,供决策机关与立法机关参考。

第八章　法律是控制行政垄断的主要手段

第一节　对几种行政垄断控制观的概述与简评

一、行政垄断控制观概述

如何控制行政垄断，当前学界主要有三种观点：深化政治经济体制改革；运用政治、经济、法律手段实行综合治理；制定反垄断法。为论述上的方便，作者将此三种观点简称为“体制改革观”、“综合治理观”与“反垄断法规制观”。

（一）体制改革观

体制改革观的主要内容是，行政垄断是体制性产物，需要深化经济体制改革和政治体制改革才能彻底解决，法律手段难以解决行政垄断问题。经济学家陈秀山博士是体制改革观的代表。陈博士认为，“严格来说，超经济的行政垄断……不是竞争法律和竞争政策调整的对象，它是由体制所决定的，也只能通过深化体制改革加以解决”。关于如何深化体制改革，陈博士认为，应从改革中央与地方关系及政府与企业关系两个层面入手：在中央与地方关系上，“要强化中央权威和财力，弱化地方利益，这是建立全国统一市场的前提条件；一般性竞争部门中的现有中央部委应逐步变成行业管理协调机构，不再直接担负经济管理任务，同时加强职能部门机构和市场监督管理机构”。在政府与企业关系上，“除了由国家（中央和地方政府分级管理）垄断经营的部门和领域外，要通过建立现代企业制度实现政企彻底分离，现在可行的方式是建立跨地区、跨部门的企业集团，逐步打破地区和部门割据封锁的超经济行政垄断和竞争限制”。[1] 体制改革观的最大特点，就是不重视法律对行政垄断的控制作用。

---

① 陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，北京：商务印书馆 1997 年版，第 224 页。

（二）综合治理观

综合治理观的主要内容是，行政垄断不是立一个、两个法律就可以解决的，它需要通过政治、经济、法律三方面的综合治理。行政垄断问题的解决，也需要政治手段、经济手段、法律手段三者配合使用。法学博士曹士兵是综合治理观的首倡者。曹博士认为，解决行政垄断问题，首先要从政治入手，即以宪法的形式确立包含着市场经济内容的国家经济制度。接踵而来的，是要求政府转换职能，从微观经济领域全面撤退，以避免政府及其行政机关直接或间接做出与市场经济秩序相抵触的事。我国宪法在1993年修正案中已在国家经济制度层面上否定了行政垄断，因此，接下来的就是将否定行政性垄断落到实处，而落实的第一步，应该是对从事行政性垄断的政府及其行政机关进行违宪审查。法律手段是治理行政垄断的核心。法律手段的运用，一是要建立一套反映市场经济秩序的实体法，如反垄断法、公司法、反不正当竞争法等，二是完善行政诉讼和民事诉讼程序，对行政垄断的主体进行民事制裁和刑事制裁。法律解决行政垄断的核心是制定反垄断法，因为反垄断法有缔造和维护市场经济新秩序的功能。所谓经济手段，就是进行财政制度改革，建立分税制。即在明确中央政府和地方政府各自职能的基础上，把与中央政府职能相联系的税种划为中央税，收入归中央财政预算；把与地方政府职能相联系的税种划为地方税，收入归地方财政预算；某些税种由中央、地方分享，比例分成。分税制度的建立，可以从根本上减少地区壁垒存在的经济原因，以便克服市场割据，建立国内统一大市场。[①] 综合治理观的主要特点在于，一方面，它强调了法律在控制行政垄断中的核心作用，另一方面它也承认法律在解决行政垄断问题中作用之有限性，认为法律不能独立解决行政垄断问题，它需要其他手段的配合。

（三）反垄断法规制观

反垄断法规制观的中心内容，是主张用反垄断法来控制行政垄断。尽管行政垄断作为体制转型时期一个比较突出的社会问题，引起了许多领域学者的关注，但真正持之以恒、痴心不改关怀行政垄断控

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社1996年版，第248—249页。

制的，还是经济法学者。数年来，经济法学者就怎样控制行政垄断问题进行了认真探索。这种探索主要是围绕素有"经济宪法"之称的反垄断法应否或能否控制行政垄断这一问题展开的。在关于此一问题的论辩中，经济法学界形成了两种截然不同的观点：反对由反垄断法控制行政垄断的观点和赞成由反垄断法控制行政垄断的观点。本小节的主旨在于介绍赞成由反垄断法控制行政垄断即"反垄断法规制观"的内容，但为了让读者了解当前学界关于如何控制行政垄断的研究成果的全貌，作者在这里暂且离开本小节所要讨论的主题，首先对反对由反垄断法控制行政垄断的学者的观点作一扼要介绍。

在关于如何控制行政垄断的学术研究中，有学者旗帜鲜明地主张行政垄断不能由反垄断法来控制。有代表性的作者有两位：一位是中国人民大学的沈敏荣博士，另一位是我的室友薛克鹏博士。沈敏荣博士在其专著《法律的不确定性——反垄断法规则分析》的最后一章"我国反垄断法的立法研究"中，对中国"反垄断法与行政垄断"的关系进行了探讨。沈博士认为："反垄断法一般只反对私人的经济垄断，不反对国家垄断或行政垄断"，那种"依反垄断法名称而将行政垄断置于反垄断法的调整范围之内"，"认为反垄断法具有防止、限制、消除行政垄断的作用的观点是不符合法律理论的"；"对待行政垄断，应从政治改革、转换政府职能和完善行政法入手，而不应将政治问题用属于经济法的反垄断法来加以解决"，它将"无益于反垄断法的制定和完善以及对行政权的限制"，"无益于我国法制的健康发展"。沈博士从三个方面对其观点进行了论证：第一，反垄断法不能判断行政权力的合法性。行政权是否合法的判断依据是一国的宪法和依宪法而制定的行政法，而不是反垄断法。若依反垄断法中的禁止垄断和限制竞争行为的思路，大部分滞留于经济领域的行政权力都会构成违法，这显然与大多数国家的现状，特别是与经济转轨国家的经济现实不相符。我国经济处于转轨时期，政治体制改革正在进行，对于滞留于经济领域的行政权力，法律并未规定其为非法。根据现代法思想：法律未明文禁止的即为合法，这部分依标准的市场经济规则应被视为非法的权力只能留待宪法和行政法不断完善后才可加以限制、禁止。因此，用反垄断法的方法对行政垄断进行限制是操之过急，是用经

济、法律的方法来解决政治问题，这容易引起一国政治制度的混乱，导致行政权与司法权的冲突。第二，反垄断法对行政垄断只具有有限的适用性。反垄断法对行政垄断的限制只适用于以下三种"非法的"行政权力所导致的垄断和限制性经济行为：(1) 原来合理的行政权力依法成为不合法，但是，由于惯性作用或法律的不完善，这些行政权力，仍在经济领域中起作用，即所谓的"超过时效"的行政权力；(2) 由于法律变更，一些行政权力的权限缩小了，但这些行政权力置法律于不顾，依然如旧行使；(3) 越权行使行政权力。以上三种"非法的"行政权力所导致的垄断是违法的，对于非法的行政权力所导致的垄断和限制性经济行为，属于市场经济独立主体之间竞争的范围，属反垄断法的调整对象，对由此而造成的对竞争的损害由反垄断法进行处理。第三，反垄断法对行政垄断限制的间接性。即使在相对完善的法律制度中，反垄断法也很难断定存在于经济之中的行政权力是合法还是非法。因为，在反垄断法中，只有两个违法确认原则：一个是本身违法原则，另一个是合理原则。由于经济生活纷繁复杂、变化多样，具体识别困难，对存在于经济活动之中的行政权力的合法性，不能适用本身违法原则来断定。合理原则所判断的是一结构或行为是否有利于竞争，而行政权力的违法与否是依据宪法中的制度安排和行政法中规定行政权限的条款来判断的，两者在违法确认上的思路是根本不同的：前者从经济效果上进行判断，后者从上位规则出发进行逻辑推导，并不包括行政权行使的结果。对于不明确的行政权力在经济活动中对竞争和市场经济造成的巨大危害，竞争管理机构可通过有权解释宪法和行政法的机构，对宪法和行政法作明确的解释，从而决定该行为的合法性。若不合法，则在适用行政法的同时，对于垄断对竞争的损害的处理应适用反垄断法。[①]

薛克鹏博士专门撰文指出，"行政垄断不应由《反垄断法》调整"。其主要理由有两个方面：第一，行政垄断与经济垄断有本质上的区别。"行政垄断是个别国家行政机关利用国家名义并以国家强制力为

① 沈敏荣：《法律的不确定性——反垄断法规则分析》，北京：法律出版社 2001 年版，第 243—244 页。

后盾实施的旨在维护或获取地方利益、部门利益或少数企业利益的一种限制市场竞争的行为。”它与经济垄断的最根本区别在于“行政垄断是行政机关以国家名义实施的一种国家行为”，行政垄断是“传统计划经济旧体制的残留形式，是国家权力无孔不入思想观念的体现，是政府将自己所应代表的社会公共利益地位降格为一个民间团体所代表的个体利益的混沌认识，也是市民社会和政治国家分野初期国家权力仍然要超越社会权利以维护自己在民间社会至高无上地位的表现”。“行政垄断与其说是一种垄断，毋宁说是一个复杂的体制问题、思想观念问题和政府价值选择问题，从根本上讲，它和经济垄断没有必然的联系和共同的社会经济基础。”第二，传统反垄断法在控制行政垄断上有很多缺陷。首先，“通行的反垄断法调整的因经济垄断行为而产生的社会关系和因行政垄断行为而发生的社会关系不是同一类社会关系”。“反垄断法调整的社会关系是从事垄断活动的经营者和社会公共利益之间的关系，也可以说是法律所确认和保护的平等、公平的市场竞争关系。”“行政垄断所侵害的社会关系是从事行政垄断的行政机关和经营者及消费者之间的关系，以及宪法和法律所保护的竞争关系。”其次，反垄断法中的控制方法，如停止违法行为的禁令、课以罚款金、没收违法所得和分割公司或民事责任和刑事责任等只是针对一般经济垄断行为而设置，对中国存在的行政垄断，传统的反垄断法没有也不可能提出专门的控制方法。因为传统的反垄断法中的控制方法都是用来控制经济垄断行为，针对的对象是一般不具有国家强制力的经营者。行政垄断的主体是行使国家行政权的政府或其所属部门，这一主体的特殊性决定了传统的结构主义或行为主义方法都不可能在这一方面发挥作用。最后，传统的反垄断体制和程序无法制止行政垄断。因为传统的反垄断法建立的体制（通过国家行政权和司法权对私权主体的违法行为进行控制的体制）是针对一般企业的违法行为的，行政垄断的性质和特点决定了用传统的反垄断体制难以达到控制行政垄断、保护竞争的目的。①

① 薛克鹏：《行政垄断不应由〈反垄断法〉调整》，载《山西师大学报》（社科版）2001年第2期。

关于反对将行政垄断纳入反垄断法调整范围的学者的观点的内容就介绍至此，作者将在恰当的时候和恰当的地方对这些观点予以扼要评析。现在将集中笔墨对反垄断法规制观的具体内容进行介绍。

反垄断法规制观的内容，散见于众多学者的相关著述。在关于行政垄断应否及能否控制行政垄断问题的讨论中，大部分学者（包括反垄断法起草部门的政府官员）主张将行政垄断纳入反垄断法的调整范围。当然，这些学者的论述内容不尽相同，概括起来，主要有以下几个方面：第一，行政垄断具有极大的危害性，在反垄断法中控制行政垄断十分必要。绝大部分学者认为，行政垄断是当前我国经济生活中危害最甚的行为，因此，“反垄断法必须禁止行政性垄断……否则，中国就难以形成统一的社会主义市场经济，形成的只能是割据的诸侯经济。”[①]“把行政垄断作为反垄断的控制对象，确系中国反垄断法之特色，这是一种依乎国情的必然选择。因为，在传统的计划体制下形成的行政垄断，不可能再用行政手段去消除，而只能依法律手段，能担此重任的法律只能是反垄断法。”[②] 第二，在反垄断法中控制行政垄断具有可行性。因为行政垄断和经济垄断的本质是相同的，它们都具有共同的危害，因此，把它们一起作为反垄断法控制的对象理所当然。鉴于它们都是限制竞争的一种，所以，不必在反垄断立法中特别标明某些垄断的经济性和某些垄断的行政性，只需在一定的条文中以列举的方式集中规定性质相同的限制竞争行为，即可在技术上解决这一问题。[③] 另一位青年学者认为，行政垄断与经济垄断的控制目的、控制原则、控制思路都大体相同，只要在具体制度上稍作修正，即可以使反垄断法成为行政垄断和经济垄断共同的克星。首先，反垄断法应当以原则性条款的方式将公平竞争奉为经济活动之至上准则，反对一切有损竞争的行为与状态，从而将行政垄断列为其打击的对

---

① 王家福：《加快中国反垄断立法的进程》，载季晓南编：《中国反垄断法研究》，北京：人民法院出版社 2001 年版，第 7 页。

② 张守文，于雷：《市场经济与新经济法》，北京：北京大学出版社 1993 年版，第 357—358 页。

③ 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

象。其次,在反垄断法中规定作为其控制对象的行政垄断的构成要件,主要是主体为掌握行政权力之国家行政机关,客观方面为实施了滥用行政权力,破坏有效竞争的行为。最后,确立有力的执行程序及严厉的惩戒措施。所谓确立有力的执行程序是指赋予反垄断机关绝对的执行权威,使其有可能与行政垄断所依重的国家公权力相抗衡,从而有效地制止行政机关的权力滥用行为。对行政垄断的制裁除了包括对作为行为主体的国家机关的行政及民事处罚外,还应要求其主要责任人及该机关的主要领导人承担相应的法律责任,以督促其恪尽职守,履行其作为国家公务人员所承担的维护国家利益与人民利益的神圣职责。① 第三,那种认为行政垄断纯属体制问题,反垄断法不能调整行政垄断的观点是错误的,在反垄断法中控制行政垄断,能推动和促进经济体制改革。"在反垄断法中宣布行政性垄断为非法,并授权反垄断主管机关负责调查、提出处理意见,本身就是对经济体制改革的一种推动和促进。"②

二、对几种行政垄断控制观的简评

(一)对体制改革观的评析

体制改革是一种釜底抽薪之举措,完全可以达到根除行政垄断之目的。如果体制改革真的到位了,那么,在中国,包括行政垄断在内的其他许多社会问题都将迎刃而解,因为当前中国存在的绝大多数社会问题可以说都是体制性问题,即都是由体制所引起的。所以,如果中国的政治经济体制,如同学者们所建议的那样,党政分离、政企分离完全实现,行政垄断自然就失去了根基。问题在于,体制变革并非一蹴而就之事。我国一些经济学家曾指出,中国的体制改革是一种强制性制度变迁。这种制度变迁有以下特点:(1) 在政府主体与非政府主体参与制度安排的社会博弈中,由于政府主体在政治力量的对比与资源配置权力上均处于优势地位,它的制度供给能力和意愿是

① 王旸:《论反垄断法一般理论及基本制度》,载《中国法学》1997年第2期。

② 王家福:《加快中国反垄断立法的进程》,载季晓南编:《中国反垄断法研究》,北京:人民法院出版社2001年版,第7页。

决定制度变迁的方向、深度、广度、形式的主导因素，非政府主体的制度创新需求一般需得到政府的认同或批准才可能被全部或部分满足。(2) 政府通过制度创新所追求的目标是双重的：一是通过降低交易费用使社会总产出最大化；二是通过使权力中心及它所代表的利益集团的垄断租金最大化实现政治支持最大化。政府主体获取的潜在制度收益大于零并不必然导致每个行为主体的净收益或社会净收益大于零。(3) 政府主体借助行政命令、法律规范及经济刺激，在一个金字塔式的行政系统内自上而下地规划、组织、实施、监控制度创新。为防止下级政府或非政府主体利用上级授权牟取自身利益而使改革发生变形，客观上要求维护政府、尤其是中央政府的权威性。(4) 在既有的政治秩序和意识形态约束下，政府主体通常偏好于渐进的改革方式，渐进式的特征有：一是增量改革，即着眼于在资产的增量配置上引入市场机制；二是试验推广，即每项改革方案先在一定范围内试验，然后再推广；三是非激进改革，即充分利用已有的组织资源推进市场取向的改革。① 这种由政府主导的、渐进式的制度变迁方式决定了中国的体制改革是一件需要耐心等待的事情，而行政垄断所具有的巨大的社会危害性及当前中国所处的国际经济环境不允许作出这种等待。这是持体制改革观的学者所没有注意的第一个问题，或者说是体制改革观的第一个缺陷。

体制改革观的第二个缺陷就是它不重视法律的作用，认为与体制改革相比，法律手段对行政垄断的控制是可有可无、无关紧要的。这种看法非常片面。先不论法律对于行政垄断问题的解决有如何重要的作用，单从体制变革这一角度考察，法的作用就绝非可有可无的。抽象地看，体制本身包含着法律制度，体制变革在很大程度上就是法律制度的变迁。所谓"体制"，即"国家机关、企业事业单位的机构设置、领导隶属关系和管理权限划分等方面的体系、制度、方法、形式等的总称"。② 其中的"制度"，依新制度经济学家的诠释，就是"一系

---

① 杨瑞龙：《论我国制度变迁方式与制度选择目标的冲突及其协调》，载《经济研究》1994 年第 5 期。

② 《辞海》(上)，上海：上海辞书出版社 1989 年版，第 596 页。

列被制定出来的规则、秩序和行为道德、伦理规范，它旨在约束主体福利或效用最大化利益的个人行为"[①]，它由"非正式约束（道德约束、禁忌、习惯、传统和行为准则）和正式的法规（宪法、法令、产权）组成"[②]。显然，宪法、法令等法律法规是体制不可或缺的重要组成部分，体制变革内涵着法律制度的变革。具体言及当前学界、政界颇为关注的政治体制与经济体制，它们与法律制度的关联更明显、更直接。先说政治体制，政治体制作为国家政治机构行为方式的规范体系和公民参加政治活动的规范体系的统一体，是由许多具体制度如人民代表大会制度、政党制度、选举制度、干部人事制度、监督制度、基层民主自治制度、民族区域自治制度等等构成的，而这些制度的具体内容又以相关法律如宪法、选举法、国家机关组织法、公务员法、监督法、村民自治法、民族区域自治法等为基本载体。又如经济体制，经济体制是在一定的社会制度下的生产关系的具体形式以及组织、管理和调节国民经济的制度、方式和方法的总称，包括：(1) 国家管理国民经济的基本原则、方针和政策；(2) 生产资料所有制的具体形式和结构；(3) 经济组织形式（如管理、调节、监督机构的设置等）；(4) 管理权限的划分；(5) 管理制度（如计划、财务、物价、税收、信贷等）；(6) 管理方法（如行政、法律、经济手段等）。[③]其中许多内容如生产资料所有制的具体形式、管理权限的划分、管理制度的制定与实施、管理方法的运用都是通过相关法律如宪法、中央政府或地方政府组织法、企业法、计划法、价格法、税收法、金融法等来记载和确定的。由此观之，体制与法律制度是密不可分的，政治经济体制的变革需要通过法律制度的变革才能实现。

法律不仅仅是体制的内在的组成因子，而且也是促进和保障体制改革顺利进行、巩固体制改革成果的重要外在力量。体制变革作为一种全局性或局部性的利益调整，极容易遭受既得利益集团的阻挠与反对，并很可能使既定的改革计划中途夭折。要确保体制改革能够

① 诺思：《经济史中的结构与变迁》，上海：三联书店 1991 年版，第 195—196 页。

② 诺思：《论制度》，载《经济社会体制比较》1996 年第 6 期。

③ 《中国大百科全书》（经济学卷 I），北京：中国大百科全书出版社 1988 年版，第 278—279 页。

顺利进行，防止改革愈深入、与改革初衷背离得愈远的情况的出现，必须运用法律手段为改革保驾护航，必须及时将改革成果用法律的形式予以固定。这是对国内外政治经济体制变革经验教训的总结。从西方资本主义国家政治经济体制改革的经验来看，体制变革基本上是循着先立法、后变革的思路进行的，即先用法律的形式确定改革的基本精神、基本原则和改革框架，再依据法律化的改革精神、改革原则与改革框架进行改革。这种改革思路的最大益处，就是能确保改革不会因出现人们始料未及的新情况而偏离改革者设定的初始目标，从而可大大提高改革成功的概率。几十年来，我国的政治经济体制改革有成功，也有失败，成功与失败的经验教训足以说明法律手段在体制改革中的重要作用。十一届三中全会以来，经济体制改革取得了举世公认的成就，这些成就的取得与国家重视法律制度的建设息息相关。作者可以大胆地说，没有"三资"企业法、公司法、金融法、税法、反不正当竞争法等法律，中国的经济发展绝不可能取得如此可观的成就。与经济体制改革所取得的成就形成鲜明对比的是，建国后，国家进行了数次大规模的政府机构改革，但改革的结果是每一次改革后的机构比改革前更庞大，形成一种"精减——膨胀——再精减——再膨胀"的怪圈。之所以会出现这种怪圈，一个极其重要的原因就是当时没有重视行政编制法、行政组织法等法律在机构改革中的作用，不重视将改革的成果及时用法律的形式固定下来。正反两方面的经验教训，已经引起决策部门的高度重视，《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中明确指出："社会主义市场经济体制的建立和完善，必须有完备的法制来规范和保障……改革决策要与立法决策紧密结合。立法要体现改革精神，用法律引导、推进和保障改革顺利进行。"这足以说明，法律对于体制改革并不是无关紧要的。

体制改革观的第三个缺陷，就是缺乏可操作性。尽管有些论者就如何深化体制改革，解决行政垄断问题提出了一些建议，如改革中央与地方的关系，加强中央政府的权威和财力，弱化地方利益，建立现代企业制度，实行政企分离等。但这些建议就如同说行政垄断问题的解决必须深化政治经济体制改革一样，很难操作。因为无论是中央与

地方关系的改革，还是现代企业制度的建立都是非常含糊、需要明细化的措施。因此，体制改革观只是为解决行政垄断问题确定了总的方向，至于具体应从何处着手，即以什么为楔入点解决行政垄断问题，我们在体制改革观中找不到进一步的答案。

（二）对综合治理观的评析

综合治理观是三种行政垄断控制方案中较有说服力的方案。该方案一方面强调法律手段在控制行政垄断中的核心作用，另一方面也承认法律手段的局限性，认为治理行政垄断，除依靠法律手段外，还需要政治手段（根据作者描述的政治手段的具体内容，也可将其归入法律手段）与经济手段的配合。应该承认，综合治理观是比较全面的。但这种方案也有不足之处。第一，综合治理观与体制改革观一样，可操作性不强。虽然综合治理观的内容比体制改革观要具体、明确，如该方案明确指出，控制行政垄断需要完善一些法律规范如宪法、反垄断法、公司法、税法、劳动法等，但如何完善这些法律规范，以有效控制行政垄断，该方案也没有进一步的说明。第二，综合治理观忽略了行政垄断的"行政性"，对行政法在控制行政垄断中的作用的关注不够。

（三）对反垄断法规制观的评析

反垄断法规制观抓住了行政垄断限制竞争这一本质性特征，主张用具有恢复市场竞争功能的反垄断法对行政垄断予以控制，这是应当肯定的。同时，持这种观点的学者还就如何运用反垄断法控制行政垄断设计了一些具体制度，如在反垄断法中列举行政垄断的各种表现形式、设立一个独立的具有较高权威的反垄断机构控制行政垄断、授予行政垄断的受害人起诉政府及其所属部门的权力等等。因此，反垄断法规制观在三种行政垄断方案中最具有可操作性。但此种观点的缺陷也比较明显：虽然持该观点的学者提出行政垄断应由反垄断法来控制，但对反垄断法是否是控制行政垄断的惟一有效方法，如果不是惟一有效方法，那么还需要其他什么方法作补充等问题很少甚至根本没有作出任何说明，从而难以使人完全信服其主张。因此，严格来说，反垄断法规制观还不是一种自足的或者说完善的行政垄断控制观。

第二节　法律是控制行政垄断的主要手段

“社会控制的主要手段是道德、宗教和法律。”[①] 在中国，宗教作用的范围是非常有限的，力量也比较微弱，因此，中国的社会控制手段主要是道德与法律。法理学家认为，作为社会控制手段的道德与法律在调控范围与调控方式上都有明显区别。就法律而言，它所调控的范围或领域一般只及于人们的外部关系，即法律只要求人们的外部行为服从现行的规则和法规，而对于人的内在动机通常不予考虑；法律的调控方式就是总是威胁适用物理性强制手段。而道德的调控范围与调控方式，一如匈牙利法学家朱利叶斯·穆尔所言：“道德规范并不威胁适用外部的强制手段；有关执行道德规范要求的外部保证，对于它们来说并无用处。它们能否得到执行，完全在于有关个人的内心。它们惟一的权威是以人们对它们的认识为基础的，即它们指明了行事的正当方式。使道德规范得以实现的并不是外部的物理性强制与威胁，而是人们对道德规范所固有的正当性的内在信念。因此，道德命令所诉诸的乃是我们的内在态度、我们的良知。”[②] 简言之，道德支配的领域只及于人们的内心生活和动机，其所依赖的调控方式是人的自律。

作为两种不同的社会控制手段，道德与法律各有优点与缺点。就道德而言，其最大优点就是控制成本较小，因为道德是以“人类精神的自律”为基础的，道德的运用不需要警察、法院、监狱等外部设施。一个国家的公民的道德水平越高，社会控制成本就越小。但是当社会出现失控的情况，即如果发生了某种社会冲突，道德就无能为力。因此，即使发达到最好的道德水平和高度的正义，其本身都做不到令人满意地解决许许多多与调整关系和安排行为有关的实际问题。法律能迅速地解决纠纷，并使社会关系较快地恢复到失控前的状态，这是

① 〔美〕罗斯·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵，董世忠译，北京：商务印书馆1984年版，第9页。

② 转引自〔美〕博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社1999年版，第371页。

其优点。然而，作为一种社会控制手段，法律的不足也是众所周知的。除需要耗费大量社会资源维护法律机构的运转与法的实施外，法律还存在许多其他缺陷：第一，法律以事实为根据来确定后果，而确定事实是一个可能出现许许多多错误的困难过程，错误认定曾导致过许多错判；第二，有许多义务在道德上很重要，却不能在法律上予以执行；第三，许多严重侵犯重大利益的行为，如在家庭关系里，因搬弄是非或阴谋暗算而产生的对个人利益的严重侵犯，往往因使用的方式微妙离奇，难于捉摸，法律手段对此无能为力；第四，人类行为的许多方面、许多重要的关系以及某些严重的不良行为如夫妇同居的义务以及每一方对另一方在交往和爱情上的要求，不能适用规则和补救等法律手段；第五，所有的法律制度都必须依靠个人来使法律机器运转和对它进行操纵。[①] 正由于法律与道德都存在自身无法克服的缺陷，因此，在任何一个社会，法律与道德都必须同时发挥作用，片面地抬高一种调控手段的作用而贬抑另一种调控手段的作用，都是不可取的。诚如美国著名法学家庞德所言："在我们生活的地上世界里，如果法律在今天是社会控制的主要手段，那末它就需要宗教、道德和教育的支持；而如果它不能再得到有组织的宗教和家庭支持的话，那末它就更加需要这些方面的支持了。"[②]

以上所讲的是，就整个社会控制而言，道德与法律须同时并用，不可偏废。然而，就某一特定领域或某一种具体的社会关系而言，就可能存在只适宜用一种调控手段（道德或法律），或者用此调控手段比用彼调控手段更能有效实现社会控制目的的情况。比如，对人类谎言的控制用道德手段比法律手段更为有效，而对交通运输的调控则用法律手段比用道德手段更为有效。具体于行政垄断，根据前文对行政垄断本质属性的考察，笔者认为，应该用法律手段进行控制。这并不意味着作者否认道德规范在行政垄断控制方面的积极作用，相反，作者认为，行政机关工作人员道德水准的提高如为人民服务观念的

① 〔美〕罗斯·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵，董世忠译，北京：商务印书馆1984年版，第29—33页。

② 同上书，第33页。

牢固树立对于减少行政垄断是极有助益的，只不过作者以为，道德作为一种观念性极强的东西在短时间内是难以改变的，如果要靠通过提高行政机关工作人员的整体道德水平来解决行政垄断问题，恐怕远水解不了近渴。况且，道德只能及于人的精神世界，对于外部行为是无能为力的，而我们所讲的行政垄断并不指垄断意图，而是现实中已经发生的对竞争的限制。对于已经发生了的行政垄断，只能通过法律手段予以控制。

第三节 用法律手段控制行政垄断的理论依据

一、用法律手段控制行政垄断是建立社会主义市场经济体制的内在要求

自中国共产党第十四次全国代表大会召开以后，建立社会主义市场经济体制就成为中国经济体制改革的目标选择。所谓社会主义市场经济体制，就是指社会主义基本制度下的市场经济。这种经济体制具有市场经济的共性：第一，承认个人和企业等市场主体的独立性，它们能自主地作出经济决策，独立地承担决策的经济风险；第二，建立起具有竞争性的市场体系，由市场形成价格，保证各种商品和生产要素的自由流动，由市场对资源配置起基础性作用；第三，建立起有效的宏观调控机制，对市场运行实行导向和监控，以弥补“市场失灵”这个市场经济本身的缺陷；第四，制定有关市场经济的法律法规，保证市场经济运行的法制化；第五，遵守国际经济交往中通行的规则和惯例。社会主义市场经济又有不同于资本主义市场经济的特点：第一，社会主义市场经济是在以公有制为主体的、包括私营经济在内的各种经济成分共同发展的条件下运行的；第二，社会主义市场经济要体现共同富裕的社会主义原则，社会主义市场经济有利于鼓励先进、促进效率、展开合理竞争，同时又不会导致两极分化；第三，社会主义市场经济有着强有力的国家宏观调控，有着强大的政治优势，政府将通过经济社会政策、有关市场经济的法律法规、计划指导和必要的行政管理，创造一个稳定、安全和公正的社会环境，以确保市场经济的

有序运行。①

市场经济是法治经济，这是二百多年来资本主义市场经济发展的经验。

第一，市场经济要求市场主体对其投放市场用于交易的商品必须享有无可争议的所有权和独立自主的处分权，这就要求法律确立明晰的产权制度和完善的权利主体制度。市场经济是商品经济，而商品经济是交换经济，交换从法律上说就是权利的互相让渡，因此任何交换都必须以权利的设定为前提，这就要求法律确立交换者的权利主体资格和行权能力。只有在法律确定了交换者的主体地位，并赋予其对其所交易的商品享有相应的权利的条件下，商品交易才能进行。概言之，市场经济主体的地位需由法律确立。

第二，市场经济的运行需要靠法律的保障。市场经济的运行受价值规律、竞争规律的调节和支配，这是不以任何人的意志为转移的，任何社会权威都不能无视它们的存在和作用，否则就要受到客观规律的惩罚。价值规律要求对一切用于交换的劳动成果按社会必要劳动时间这个惟一尺度进行评价，这就决定了市场经济的运行必须遵循平等、自愿、等价、公平、诚实信用的交易规则。然而由于市场主体具有追求自身利益最大化之特质，因而必然会有意无意地违背交易规则，使价值规律与竞争规律不能正常发挥作用，从而危害市场经济的运行与发展。为保证市场经济能有序和有效地运行，必须制定或确认一套对市场主体具有普遍约束力的法律规范，约束或矫正市场主体的交易行为。

第三，宏观经济调控需要法律予以规范。市场机制无法解决经济总量平衡、结构合理等宏观经济问题，宏观经济的协调与稳定需要政府调控。由于政府只具有有限的知性，加之政府也是"经济人"，因此政府对宏观经济的调控也非尽善尽美。为了使政府的宏观调控及时而又不矫枉过正，为了预防政府所属部门及其官员借宏观调控之名而行牟取私利之实的现象的出现，必须建立相应的宏观调控法律制

① 马洪主编：《什么是社会主义市场经济》，北京：中国发展出版社 1993 年版，第 6—9 页。

度，以尽可能减少宏观调控的失误。

第四，社会保障需要法律予以规范。市场机制不仅不能解决经济总量平衡、结构合理等问题，而且也无法解决社会分配公平问题。在市场机制下，财富跟随效率走，而不跟随需要走，那些年老、体弱、疾病或失业的人的基本生活需要常常得不到满足。为了使社会弱势群体的基本生活得到保障，同时也为了使市场机制能持续良性运行，现代国家往往运用强制力量对社会财富进行再分配，为了使这种社会再分配活动既能体现社会公正，又不损害效率，必须对这种活动进行法律规范。

同资本主义市场经济一样，社会主义市场经济也是法治经济，社会主义市场经济的建立与运行同样需要法律的保障。但社会主义市场经济与资本主义市场经济走的道路有所不同：资本主义市场经济是一种"自生自发"的秩序，是一种"实践理性"，而社会主义市场经济是一种"组织"或"人造的秩序"，是一种"建构理性"，换言之，社会主义市场经济是中国的政治家们有意识地"立"起来的。站在哲学的角度说，"立"与"破"是辩证的统一，没有"破"就没有"立"。社会主义市场经济体制只有在彻底破除各种传统势力的基础上才能真正立起来。行政垄断是建立社会主义市场经济体制的最大障碍，不破除行政垄断，市场经济就难以建立，可以说，破除行政垄断与建立市场经济是同一个问题的两个方面。根据市场经济是法治经济的基本原理，市场经济体制的建立主要靠法律手段，那么打破行政垄断也应该主要靠法律手段。

二、用法律手段控制行政垄断是实现依法治国方略的客观需要

1999年3月15日，第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》规定："中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。"这是我国总结五十年来民主与法制建设的经验教训后得出的历史结论，标志着我国的治国理念与治国原则发生了重大改变。

依法治国，就是指依照体现人民意志，反映社会发展规律的法律来治理国家，国家的政治、经济、社会的活动以及公民在各个领域的

行为都应依照法律进行,不受任何个人意志的干涉、阻碍和破坏。一句话,依法治国,就是依照表现为法律形式的人民意志来治理国家。即国家的立法机关依法立法,政府依法行政,司法机关依法独立行使审判权、检察权,公民的权利和自由受法律的切实保护,国家机关的权力受法律严格制约。

要实现依法治国,必须具备以下五个基本条件①:

第一,具备完备的社会主义法律体系。依法治国,首先要有反映社会发展规律和时代潮流、代表人民意志和利益的法律体系,做到有法可依。

第二,要有健全的民主制度和监督制度。没有民主,就没有真正意义上的依法治国。依法治国的根本就在于,公民的民主权利要得到充分的保障;国家权力的配置,包括中央与地方,领导者个人与领导集体,执政党与国家机构、其他政党和社会组织的关系,都要体现民主原则。人民应该能通过法定的民主程序当家做主,进行重大决策,管理国家大事。司法与执法体制和程序的各个环节,也要贯彻民主原则,保证人民群众的广泛参与。与民主制度相联的是监督制度。真正的法治国家,人民都有对立法机关、行政机关和司法机关依照法定程序进行监督的权力。没有有效的监督机制,就难以保证国家机构及其工作人员完全按人民的意愿和利益办事,也很难实现人民当家做主、参政、议政的权利。

第三,具有严格的行政执法制度与公正的司法制度。在法治国家,行政权是法律赋予的。行政机关的行政行为必须在法律规定的范围内按法定程序实施,严格依法行政;行政权力不得滥用,必须接受法律的制约;滥用行政权力造成的损害必须能够经过法定程序予以救济。同时,还应建立对行政违法责任人的责任追究制度。公正的司法制度是对受害人给予补救的关键一环,也是维护社会公正、保障法律得以正确实施的最后举措。健全公正的司法制度必须做到司法独立,审判公正,有严明的冤案、错案责任追究制度。

---

① 王家福等:《论依法治国》,载刘海年等主编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,北京:中国法制出版社 1996 年版,第 10—15 页。

第四，具有高素质的执法队伍。法律是靠人来执行的，法律秩序也是靠人来维持的。因此必须建设一支数量足、素质高的执法队伍。

第五，提高全民的法律意识。法律仅靠公务员、法官和检察官来执行是远远不够的，还要靠十三亿人民去遵守。有了法律意识，纸上的法律才能变成实际生活中的活的法律，成为干部和民众的内在自我要求，严格执法、守法光荣、违法犯罪可耻、徇私枉法可恶的道德标准和价值观念才能树立起来。

依照实现依法治国所需要的五个基本条件，反观行政垄断的诸种表现，我们能轻而易举地发现，行政垄断有碍于依法治国方略的实现。因为依法治国，要求行政机关及其工作人员必须在法律规定的范围内、依照法定的程序行使行政权力。而行政垄断要么超越法定权限如减、免税收，要么违反法定程序如价格听证程序，既侵犯了公民、法人或其他经济组织的经济自由权、财产权等基本权利，同时也损害了国家和社会的整体经济利益。根据依法治国的基本要求，对行政垄断所造成的损害，必须能够经过法定程序予以救济，同时，还必须建立对行政垄断责任人的责任追究制度。所以，实现依法治国方略必须用法律手段控制行政垄断。

三、用法律手段控制行政垄断是加入 WTO 后应履行的义务

2001 年 11 月 10 日，世界贸易组织第四届部长级会议在卡塔尔首都多哈以全体协商一致的方式，审议并通过了中国加入世贸组织的决定。2001 年 12 月 10 日，中国正式成为世贸组织成员。中国加入 WTO 后，可以享受 WTO 成员应该享有的权利，同时也应承担相应的义务。

WTO 成员所应承担的主要义务，就是遵守 WTO 法律体系框架的基本原则与相关规则，其中最重要的是要遵守 WTO 的基本原则，因为它是世界贸易组织各种法律规范的基础。WTO 的基本原则有非歧视原则、市场准入原则、公平贸易和互惠互利原则、全国贸易

政策统一与透明度原则等。[①]

非歧视原则是世界贸易组织最根本的原则，核心内容包括最惠国待遇原则和国民待遇原则两个方面。所谓最惠国待遇原则，就是指一成员给予另一成员进出口产品（包括货物或服务，下同）和国民（包括企业和知识产权，下同）的利益、优待、特权或豁免，应立即无条件地给予其他所有成员的国民和进出口产品，以保证没有任何成员受到“歧视性”待遇。而国民待遇原则，则是指一成员产品和国民进入另一成员市场时，在购买、销售、推销、运输、分配、使用产品、服务上和知识产权的保护范围和水平上所享受的待遇（包括征收国内税和实施国内法律、规章），应不低于本国国民或相同的国内产品所享受的待遇。最惠国待遇原则保障各成员之间进出口产品待遇的平等，国民待遇原则保障各成员进口产品与国内产品之间待遇的平等。

市场准入原则体现在关税减让与削减非关税壁垒两个方面。关税减让即要求各成员方在货物贸易中只能采用关税这一种方式来保护国内市场和民族工业，且关税必须通过谈判不断削减，税率在约束的减让表水平上不能随意提高。削减非关税壁垒即在货物贸易和服务贸易中取消数量限制，逐步取消配额和进出口许可证或其他限制，为外国货物和服务进入本国开放市场。

公平贸易和互惠原则指各成员方的出口贸易经营者不得采取不公正的贸易手段，尤其是不得采取倾销和补贴的方式在其他成员市场销售产品或提供服务，各成员方应在互惠互利的基础上降低关税和非关税壁垒，提供知识产权保护，在互利基础上促使所有成员获益和谋取权利与义务的平衡。

全国贸易统一和透明度原则，要求各成员方应以统一、公平和合理的方式实施有关货物与服务贸易、知识产权保护方面的法律、法规、行政规章、司法判决和政策措施等，保证在各自领土内的中央和地方政府及其各部门都能遵守世界贸易组织的各项规定。既要求地方立法和中央保持一致，也要求不同地方之间的立法，以及非政府机

---

① 刘德标，薛淑兰：《世界贸易组织及多边贸易规则》，北京：中国方正出版社 1999 年版，第 36—41 页。

构制定的规定或标准与中央政府保持一致。同时要求各成员将有效实施的有关管理货物和服务贸易、保护知识产权方面的各项法律、法规、行政规章、司法判决和政策措施等迅速加以公布,并通知世界贸易组织,以便各成员政府和贸易商等有关人员对其加以熟悉。

从性质上说,WTO 的上述基本原则属于国际法规范,只调整国与国(含拥有对外贸易自治权的单独关税区)之间的市场主体间的贸易(货物贸易、服务贸易及与知识产权有关的贸易),即国际贸易关系,对成员方的国内贸易关系,WTO 法律体系中的原则与规则并不直接进行调整。但 WTO 原则与规则对成员方的国内贸易政策是有影响的。这种影响至少在以下两个方面比较突出:第一,WTO 的基本原则与规则对成员方的国内经济立法有直接影响。尽管 WTO 的原则与规则是比较抽象的规范,但这些规范对成员方国内的相关经济立法有较强的约束力。各成员方的经济立法无论是在内容方面还是形式方面,必须与 WTO 原则与规则保持一致,而不得与之相抵触,否则就要承担损害赔偿责任,或遭到其他成员方的报复。基于此,成员方总是尽可能使自己的国内立法符合 WTO 原则与规则的要求。可以这么认为,WTO 的原则与规则事实上已经成为成员方国内相关经济立法的重要准则。第二,WTO 原则与规则将影响成员方国家行政权的范围,同时也将改变成员方各分利集团的力量对比关系。WTO 原则与规则是针对成员方政府行为的,其主旨在于尽量减少政府对贸易领域的限制,以实现国际贸易的自由化。因此,WTO 原则与规则将缩小成员方政府使用具体贸易政策的自由度。同时,WTO 原则和规则也将改变成员方政治舞台上寻求保护的分利集团与支持市场开放的分利集团间的力量均衡。一国外贸政策的制定,经常受国内分利集团如行业协会、工会、地方当局、消费者、游说集团及其他政府部门的影响。WTO 原则与规则无疑增强了要求更多地进入外国市场的利益集团的力量。[①]

中国加入 WTO 后,必须受 WTO 原则与规则的约束。对此,中

① 伯纳德·霍克曼,迈克尔·考斯泰基:《世界贸易体制的政治经济学》,刘平等译,北京:法律出版社 1999 年版,第 17 页。

国已经在2001年11月10日订立于多哈的《中华人民共和国加入议定书》中作出了承诺："《WTO协定》和本议定书的规定应适用于中国的全部关系领土，包括边境贸易地区、民族自治地方、经济特区、沿海开放城市、经济技术开发区以及其他在关税、国内税和法规方面已经建立特殊制度的地区。""中国地方各级政府的地方性法规、规章及其他措施应符合在《WTO协定》和本议定书中所承担的义务。"检讨当前的贸易政策(不管是国内贸易政策还是国际贸易政策)，我们必须承认，离WTO原则与规则的要求还有很大差距。本书所研究的行政垄断，显然与WTO原则与规则相冲突。WTO基本原则明确要求：成员方地方立法和中央要保持一致，不同地方之间的立法，以及非政府机构制定的规定或标准也应与中央政府保持一致。然而，地区封锁、部门分割等行政垄断赖以产生的大量规范性文件却与中央立法精神不符，甚至与中央立法明显抵触。行政垄断所导致的国内市场条块分割的后果与WTO的宗旨更不相容。WTO的宗旨乃在于建立世界统一的自由市场。世界市场的统一，须以国内市场的统一为前提。如果连国内市场都不统一，那么建立统一的国际市场就是一句空话。

加入WTO后，中央政府必须控制行政垄断。无论国内的分利集团怎样像塞壬[①]一般地呼喊，这是无法改变的必然选择，因为这是中国加入WTO后应该履行的义务。根据WTO原则与规则的基本要求，我国政府将对现行法律、法规等规范性文件进行全面清理，那些与WTO原则与规则相冲突的行政规章、地方性规章、决定、命令等将被废除或修改。这种大浪淘沙似的清理，将使大量行政垄断赖以产生的规范性文件"随风而去"。当然，行政规范性文件范围广、数量大、层次多，而且清理这些规范性文件将触动一些既得利益集团的利益，因此，清理工作将会十分困难，必须有相应的法律予以保障。

---

① 希腊神话中半人半鸟的女海妖，以美妙歌声诱惑过往海员，使驶近的船只触礁沉没。

第四节　用法律手段控制行政垄断的实践依据

东欧、俄罗斯等体制转型国家都不同程度地存在行政垄断现象，另外，根据国内相关著述的介绍，美国、欧共体也有行政垄断存在，这些国家对行政垄断的控制都是通过法治手段实现的。

一、体制转型期国家反行政垄断的法律规定

东欧、俄罗斯等体制转轨国家，与中国一样存在行政垄断问题，这一点国内学者的认识是比较一致的。那么这些国家是怎样解决行政垄断问题的呢？从现有资料考察，它们控制行政垄断的手段就是法律手段，其中主要是在竞争法中对行政垄断进行控制。俄罗斯、乌克兰、保加利亚、匈牙利等国的竞争法中都有反行政垄断的内容。如保加利亚 1991 年《保护竞争法》第 4 条规定："凡国家行政机关和地方机构明示或默示做出可产生某种垄断地位的决定，或者该决定事实上可导致这种地位，从而严重损害自由竞争或自由定价，得予以禁止。"匈牙利 1990 年《禁止不正当竞争法》第 63 条也规定："如国家行政机构的决议损害了竞争的自由，竞争监督机构可作为一方当事人请求法律救济。"相比较而言，俄罗斯、乌克兰两国对行政垄断的控制更完善，下面着重对这两个国家反行政垄断的法律规定进行介绍。

（一）俄罗斯反行政垄断的法律规定

俄罗斯反行政垄断的法律规定，集中于《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》这一文件。该法制定于 1991 年，迄今为止已经过 1995 年与 1998 年两次修改，是俄罗斯最早制定的市场经济法律文件之一。俄罗斯竞争法的主要特点就是它不仅仅适用于企业，而且适用于国家行政机关。[①]该法第 2 条对其适用范围作了非常明确的规定："本法适用于影响俄联邦各商品市场中的竞争的各种商务关

---

① Andrei. B. KASHEVAROV and Andrei. G. TSYGANOV, Summary of the most important recent developments in Russian Competition Legislation. http://europa.eu.int/comm/competition/.

系。这些商务关系是指俄罗斯和外国的法人、联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构和各市政当局以及自然人参与的商务关系。”

《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》由总则、垄断活动、不公平竞争、联邦反垄断局的任务、职能和权力、政府的特殊管制、违犯反垄断法规所应承受的处罚及反垄断程序等七章组成,共29条。[①] 其中第7、8、9、12、22-1、26、27、28、29等条款与行政垄断相关,具体内容可归纳为如下几个方面:

1. 应禁止或应控制的行政垄断的种类。《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》规定,应禁止或应控制的行政垄断主要有三类:第一,联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构、各市政当局(以下简称行政机关)指向抑制竞争的法令和行为。包括:(1)行政机关发布的限制经济实体自主性、歧视或偏袒特定经济实体,导致或可能导致抑制竞争或损害经济实体或公民利益的法令或行动。包括:在任何行业或产业中限制创建新的经济实体,对实施某些活动、制造某些类型的商品强加禁令(由俄联邦法规预先规定禁令的除外);在任何领域中无理由地阻碍经济实体的活动;禁止从俄联邦的一个区域(共和国、地带、地区、城市、市区)到另一个区域进行销售(购买、交易、收购),或者在其他方面限制经济实体进行销售(购买、交易、收购)的权力;不顾俄联邦的法规和正式法令所规定的优先顺序,对经济实体下达指令,要求对特定买方(消费者)团体优先供给商品或优先签订契约;在任何活动领域中无正当理由阻碍创建新经济实体;无理由地授予特定经济实体或若干经济实体以好处,使这些实体与在同一商品市场中运行的其他经济实体相比,处于更优越的特权地位;国家行政机关就经济实体的形成、重组和停业(在反垄断法规规定的场合)所发布的决策,以及授予一个或若干经济实体的特权,在俄联邦立法机关的法令未作规定的情况下,须经反垄断当局的批准。(2)出于制造和销售垄断商品的目的,设立部、政府委员会或

① 本书关于俄罗斯反行政垄断法律规定的介绍所依据的是1995年修订的文件。中译本请参照《各国反垄断法汇编》,北京:人民法院出版社2001年版,第592—615页。

其他国家行政机关的法令或行为；将导致或可能导致抑制竞争的权力授予现有的部、政府委员会或其他国家行政机关的法令或行为；将国家行政机关的职能与经济实体结合起来及将上述机构的职能和权力包括政府监察机构的职能和权力授予经济实体的法令或行为，立法机构的法令已有规定的情况除外。

第二，国家行政机关抑制竞争的协议（协同行动）。一个行政机关与另一行政机关达成的任何形式的导致或可能导致抑制竞争或损害其他经济实体或自然人的利益的协议。包括(1) 抬高、压低或操纵价格（价目表）的协议；(2) 划分市场范围、总销售额或购买额、所售商品的等级或卖方或买方（消费者）集团的协议；(3) 限制经济实体进入市场或将其排除在市场之外的协议。

第三，国家行政机关的官员参与的企业性活动。包括(1) 参与自主的企业活动；(2) 拥有企业；(3) 在一个公司或合伙机构的全体会议上直接或通过代表行使赋予其所持有的股票、捐赠、股份或共享股份的表决权；(4) 在一个经济实体的管理机构中占有一个职位。

2. 反行政垄断机构及其权力。行政垄断案件与经济垄断案件，统一由联邦反垄断局（或其地方代表机构）处理。根据《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》规定，联邦反垄断局对行政机关违犯反垄断法的案件有权作出处理：(1) 在需要废除或修改已通过的违法的法令、制止违法行为、撤销或更改已经签订但与反垄断法规相抵触的契约时，联邦反垄断局有权对违犯反垄断法的行政机关下达有约束力的指令；(2) 有权向违犯反垄断法的行政机关提供下列建议：采用或取消专利权，修改顾客收费表，采用或取消配额，分配税收减免、优惠贷款和其他形式的政府支持；(3) 有权对行政机关官员违犯反垄断法规的行为实施行政处罚。联邦反垄断局（或其地方代表机构）的决定（处理意见）必须在其规定的时限内执行。若关于撤销或修改违犯反垄断法规的法令的决定（处理意见）得不到执行，联邦反垄断局（或其地方代表机构）有权向经济法庭起诉，要求法庭作出全部或部分撤销该法令的判决，或者要求法庭命令有关机构采取恢复原状的措施。对联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构和各市政当局的官员课收的罚金，应在收到罚款决定之日后 30 日内缴

纳，不按时缴纳或不全额缴纳的，联邦反垄断局（或其地方代表机构）有权向一般法院起诉，要求法庭对其重新实施罚款，或对其加收滞纳金。行政机关及其官员对联邦反垄断局（或其地方代表机构）的决定和处理意见如果不服，有权向一般法庭或经济法庭起诉，要求部分或全部撤销联邦反垄断局（或其地方代表机构）的决定（处理意见），或者要求取消或更改由联邦反垄断局（或其地方代表机构）作出的行政处罚或课收罚金的决定。有关统计资料表明，俄罗斯反行政垄断的工作是卓有成效的：1994 年，反垄断机关共查处行政垄断案件 881 件（仅仅是违犯反垄断法第 7 条案件的数据），占当年全部反垄断案件（3720 件）的 24%，其中提起诉讼的 331 件，占当年全部反垄断诉讼案件的 23%[①]；1997 年，大约有 1400 起行政垄断案件受到查处，其中 585 件被提起诉讼；1998 年，各级反垄断机关共查处了 1737 件行政垄断案件，仅次于滥用优势支配地位的案件（1881 件），占当年全部反垄断案件（5988 件）的 29%；1999 年，各级反垄断机关查处的行政垄断案件共有 1719 起，其中 646 起被提起诉讼，接受判决的有 444 起。[②]

3. 行政垄断的法律责任。行政机关及其所属官员违犯反垄断法应承担的法律责任包括民事责任、行政责任、刑事责任。民事责任，就是当行政机关的法令与反垄断法规相抵触，或者因这类机构不履行或不恰当地履行其职责而使经济实体或个人受到损害时，行政机关及其所属官员应根据民事法规消除这类损害；行政责任主要是来自反垄断机构的行政处罚；如果行政机关及其官员在一年时间内重复出现违犯反垄断法的行为，或不按时执行联邦反垄断局（或其地方代表机构）的官员作出的警告或课收罚金决定及阻挠决定执行的，应依法追究其刑事责任。

① Andrei. B. KASHEVAROV and Andrei. G. TSYGANOV: Summary of the most important recent developments in Russian Competition Legislation. http://europa.eu.int/comm/competition/.

② Annual Reports on Competition Law and Policy in OECD Countries. http//www1.oecd.org/daf/clp/annrep.htm.

（二）乌克兰反行政垄断的法律规定[1]

乌克兰反行政垄断的法律规范含摄于下述两个法律文件中：一是 1992 年 2 月颁布的《禁止垄断和企业活动中不正当竞争行为法》，二是 1993 年 11 月颁布的《反垄断委员会法》，前者规定了行政垄断的具体表现形式，后者规定了反垄断主管机关的反行政垄断权限。

第一，行政垄断的具体表现形式。根据《禁止垄断和企业活动中不正当竞争行为法》第 6 条的规定，行政垄断的具体表现形式有：(1) 出于限制竞争的目的，禁止某个经济领域建立新企业或企业的其他组织形式，以及限制某种活动或者某种产品的生产；(2) 强迫企业加入某联合体、康采恩、跨行业跨地区以及其他的企业集团，或者强迫企业订立优惠合同，同意向某些消费集团提供价格便宜的商品；(3) 作出可导致市场垄断地位的由中央分配商品的决议；(4) 发布禁止在共和国某地区销售来自其他地区商品的命令；(5) 向个别企业提供税收或其他方面的减免，由此使它们相对其他企业取得优势地位，导致一定商品市场的垄断化；(6) 限制企业购买或者销售商品的权利；(7) 对个别企业或企业集团发布禁令或者限制。

第二，反垄断主管机关的行政垄断控制权限。反垄断主管机关的行政垄断控制权限，主要规定于《反垄断委员会法》的第 7 条、第 8 条和第 20 条之中。具体权限包括：(1) 监管中央和地方政府行政机构以及地方和地区自治机构在企业方面所行使的职权。(2) 向国家部门发布指令，要求废除或者修正违犯反垄断法的文件，或者结束这类决议；有权禁止或者允许在这些部门建立垄断企业。(3) 在其权限范围内，制定并批准要求国家部门强制执行的规范性文件，并监督它们的执行。(4) 国家部门就经济非垄断化、推动工业竞争力以及反垄断立法作出决定时，得与反垄断委员会协商一致；就经济组织的建立、重组、合并和解散，建立跨行业跨地区的企业集团、康采恩以及其他联合体，应征求反垄断委员会的意见。(5) 凡是能够影响市场竞争的文件，特别是涉及企业整顿和对某些经济活动进行的特许，必须事先

---

[1] 主要参见王晓晔编：《反垄断法与市场经济》，北京：法律出版社 1998 年版，第 153—156 页。

得到反垄断委员会的许可。

依照上述两个法律文件，乌克兰反垄断委员会仅在 1994 年就查处了 22 起行政垄断案件。如财政部不许可基辅国际证券交易所的股份转让进行注册登记一案，反垄断委员会要求财政部停止这种行为，并经仲裁庭裁定，财政部的行为属违法行为；邮电部和交通部拒绝向个别企业发放营业许可证，在反垄断委员会的要求下，它们最终同意发放；国家铁路管理局向其从事运输业的子公司发布指令，要求它们只同铁路局所属公司内部订立有关运输和向国外运输货物的合同，由此使一百多家独立的承运人和货运企业失去了交易机会，在反垄断法委员会的干预下，铁路局被迫宣布这个指令无效。这些事实表明，乌克兰的行政垄断控制制度是比较有效的。

1995 年 3 月，经总统批准，乌克兰共和国又成立了一个常设的非垄断化协调委员会，其主要任务是分析非垄断化实践，推动市场竞争，向总统和政府内阁通告实施国家竞争政策的情况，参与非垄断法的重要立法工作，提出反对限制竞争、非垄断化和消除企业进入市场障碍的措施，并且监督这些措施的实施。委员会有权从竞争政策的角度，对组建的金融和工业集团、控股公司以及跨国协议作出评价，对行业、市场和企业的垄断问题作出决定，对需要由总统和部长会议作出决定的问题提出建议，从部长、官员以及国家其他行政机关取得必要的信息、统计数据、立法草案和其他的法律文件。该委员会在其权限范围内作出的决议对国家的行政机关、地方自治机构以及企业和企业集团均有约束力。

二、美国反行政垄断的法律规定

说美国等发达资本主义国家有行政垄断，并有反行政垄断法律规范的存在，恐怕就如同说鸡蛋是从树上长出来的一样，令人难以置信。因为主流观点认为，行政垄断是从计划经济体制向市场经济体制转型的国家的产物，而美国等发达资本主义国家是世界上最早实行市场经济体制的国家，根本不存在体制转型国家那种性质的计划经济，从而也就不可能存在行政垄断。但如果我们不是从行政垄断的概念出发，而是从行政垄断的本质考量发达国家经济发展的历史与现

状，我们将不得不承认，即使在发达的资本主义国家，也难免除行政垄断的困扰——本小节所述之“威士忌酒联盟”事件及下一小节将述及之比利时 RTT 公司、法国 Corebeau 公司限制竞争的行为与我国众所诟病的“官商勾结”及电信、邮政等公用企业的限制竞争行为的同质性是毋庸置疑的。只不过在这些国家，随着市场经济体制与法律制度的日趋完善，行政垄断相对较少。

美国是一个非常典型的发达资本主义国家，既没有中世纪西欧国家如德国那样的封建割据历史，也不像社会主义国家那样实行过计划经济。但以下的事实将无可争辩地告诉我们：美国不但有行政垄断，而且也有控制行政垄断的法律，包括宪法、反垄断法及法院判例。

首先，美国反垄断法的产生就与反行政垄断有关。19 世纪 60 年代末，美国出现了一种企业联合初级形式——普尔。普尔是以生产和资本实力比较雄厚的企业为核心的企业间关于价格和销售量的短期协定，参加协定的企业要签字守约，违反者要课以罚金。但普尔在当时很不稳定，所以在企业主的要求下，一些政府官员直接介入普尔。1875 年，发生了一个有名的普尔事件——“威士忌酒联盟”事件。基本情况是：政府官员规定参加“威士忌酒联盟”普尔协议的企业，产量的 50%每一加仑可免去 70 美分酒税，免税额的一半给企业，一半给组织联盟的共和党议员。此事后来被揭发，并引起公众对普尔之类的垄断行为的愤慨。[①] 反对政府与大企业相互勾结，是美国反托拉斯法产生的重要原因。

其次，美国反垄断法也适用于行政垄断。美国反垄断法习惯于用一个比较抽象的词“person”指代其适用对象，而不对其适用对象作具体规定。如美国最早同时也是世界上最早的反垄断法《谢尔曼法》对其适用对象所用的语词就是“任何人”：任何人签订契约，或从事联合或共谋，用来限制州际或与外国之间的贸易或商业，是严重犯罪（第一条）；任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际或与外国间的商业和贸易，是严重犯罪（第二条）。根据最高法院的判

① 吴汉洪：《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》，北京：经济科学出版社 1998 年版，第 87 页。

决,反垄断法所指的"人"也包括在诉讼中作为被告的市政机关。这意味着,在美国,联邦反垄断法同其他联邦法令一样,对违法者实施的民事和刑事制裁同样适用于市政机关。市政机关限制市场竞争的行为并不能从联邦反垄断法中得到豁免。1943 年,美国联邦最高法院在 Parker v. Brown[①]一案中,提出了国家行为说(The State Action Doctrine)。依照这个判决,美国各州有权制定本州的市场竞争规则,美国各州为实施其经济政策而颁布的法规可以不受联邦反垄断法的制约,但企业却不能因执行政府的法令而违反联邦的反垄断法,否则就违反了联邦法优于州法的原则。在 1980 年关于 Midcal[②]一案的判决中,联邦最高法院进一步承认企业以及州政府的下属机构为贯彻和执行州政府法令的行为也可以得到联邦反垄断法的豁免,但这些行为必须经州政府以法律形式明确认可并且在州政府的监督之下进行。这意味着州政府下属机构的行为不能因为其有着政府实体的地位就可以自动得到联邦反垄断法的豁免。1984 年美国通过了《地方政府反垄断法令》(The Local Government Antitrust Act),该法豁免了地方政府的三倍损害赔偿责任,但没有规定地方政府可从禁令以及衡平法的其他救济中得到豁免。[③]

第三,美国还有控制行政垄断的案例。1929 年至 1933 年,资本主义世界发生了严重的经济危机,美国的经济陷入混乱。为了排除破坏性的竞争,罗斯福政府于 1933 年 6 月制定了以二年为期限的全国产业复兴法(略称 NIRA)。该法以打开抑制州际商业和国际贸易,威胁产业安定,影响美国国民生活水平,引起大范围失业和产业界混乱的国家紧急事态的局面为目的,规定了每个产业的公正竞争规约。规约一经政府承认,就成为垄断禁止法的适用例外,成为控制未加入卡特尔、托拉斯组织的同业者的规范。规约的运用,不但排除不公正的竞争方法,而且在排除破坏性竞争的借口下,实际上承认产业者所希

① Parker v. Brown. http://www.lawbooksusa.com/cconlaw/parkerbrown.htm.

② California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Alumin. INC. ETAL. http://www.antitrustcases.com/summaries.

③ 王晓晔:《企业合并中的反垄断问题》,北京:法律出版社 1996 年版,第 276—277 页。

望的价格和生产统制，推动了产业卡特尔化。这个法律遭到消费者和劳动者的反对，产业界也不喜欢伴随着卡特尔化的政府介入，反对呼声很强烈。为此，政府于 1934 年春天成立了调查委员会。该调查委员会调查的结果认为，规约是“政府支持的垄断”，“是以剥削为目的的统制组织”，1935 年 5 月，联邦最高法院作出了《全国产业复兴法》违宪的判决。[①]

三、欧共体反行政垄断的法律规定

对行政垄断的法律控制，已不只限于国内法，而且扩展到了国际法层面。当前对行政垄断进行控制的最典型的国际法规范是欧共体条约中的竞争法规范。

在欧共体成员国内，有大量国有企业。尤其是在属于国民经济基础设施的经济领域，如能源经济（电力、天然气和煤炭）、电信、邮政以及铁路和航空领域，国有企业更是普遍存在。国家的企业活动，有的是国家行政管理的一部分。这种行政管理既可以作为公法人（社团或者机构）的任务，也可以公司法的法律形式（股份公司或有限责任公司）进行。与私人企业不同，作为国家行政管理一部分的国有企业往往同时有主权的职能和企业的职能。[②] 由于国有企业集行政管理权与经营权于一身，因而，在欧共体成员国内，也常出现近几年在我国反复出现的国有企业利用行政管理权限制竞争的情况。有代表性的案件如比利时电报电话公司（RTT）限制竞争案和法国库尔博（Corebeau）公司案。[③] 比利时电报电话公司是一家经营电信业务的国有企业。根据比利时的法律，RTT 公司不仅享有建立和经营电信网络的特权，而且拥有制定电信设备技术标准的特权，因此，只有 RTT 提供或者经其批准使用的电信设备才能与电信网络相连接。有

① 〔日〕丹宗昭信，厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，北京：群众出版社 1985 年版，第 16—17 页。

② 〔德〕Mestmaecker：《德国与欧共体经济法中的国有企业》，载王晓晔编：《反垄断法与市场经济》，北京：法律出版社 1998 年版，第 108—109 页。

③ 案件简要情况源自王晓晔：《欧共体竞争法中的国有企业》，载《外国法译评》1999 年第 3 期。

关资料记载,RTT 公司在与消费者订立合同时,曾强制性地要求购买者购买其指定的电信终端设备,而在当时,在电信终端设备市场上已经出现了竞争者。显然,RTT 公司强制性要求购买者购买其指定产品的行为同我国公用企业的强制购买行为并无性质上的差别。库尔博公司是法国一家提供快速专递服务的公司,它的服务不仅比国家邮政更迅速更可靠,而且还允许客户不断变更邮递地址。由于库尔博公司与国家邮政(Regis des Postes)竞争,所以国家邮政企图阻止库尔博公司的业务活动,并威胁要对之提起刑事诉讼。类似库尔博公司的遭遇,我国亦有不少企业碰到过。

对于类似比利时电报电话公司与法国库尔博公司等国有企业利用行政管理权限制竞争的行为,欧共体各成员国的国内法的处理态度是不同的。有些成员国规定无论是国有企业的限制竞争行为,还是非国有企业的限制竞争行为,应一律适用竞争法的规定。如德国《反对限制竞争法》(1998)第 130 条第 1 款就规定:"本法亦适用于公共部门所有或由公共部门管理或经营的企业……。"第 2 款规定:"本法适用于一切在本法适用范围内产生影响的限制竞争行为……。"据德国学者 Mestmaecker 介绍,在司法实践中,"反对限制竞争法对市场支配地位企业所适用的规范主要适用于国有企业"[①]。有些成员国,尤其是那些国有企业在国民经济中所占比重较大的国家如法国、意大利,一般不愿意国有企业受竞争法的控制。这种状况显然不利于欧共体统一市场公平竞争秩序的维护。

成员国对国有企业的不同态度,早在欧共体开始建立时,就已为立法者所注意。经过长时间的讨价还价,欧共体国家在国有企业问题上达成了妥协。[②] 妥协的结果就是欧共体条约第 90 条的形成。内容如下:"成员国不得对公共企业以及享有特权或专有权的企业采取背离或者保留本条约,特别是第 7 条和第 85 条至 94 条的任何措施。""对于可带来普遍经济利益的服务企业或者具有财政垄断性质的企

① 〔德〕Mestmaecker:《德国与欧共体经济法中的国有企业》,载王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,北京:法律出版社 1998 年版,第 109 页。

② 王晓晔:《欧共体竞争法中的国有企业》,载《外国法译评》1999 年第 3 期。

业，如果适用共同条约的规定特别是适用其竞争规则能够在法律上或者事实上妨碍它们完成被委托的任务时，可以不适用这些规定。但不得由此影响共同体内贸易的发展，违反共同体的利益。”“（欧共体）委员会将确保本条款的运用，并在必要的时候可向成员国发布适当的指令或决定。”这项妥协是专门针对国有企业的。除此之外，欧共体条约还有一些适用于非国有企业的竞争法规范，如第 85 条、第 86 条等，这些规范同样适用于国有企业。所以，在欧共体法中，“任何参与欧洲经济共同体内的经济活动，即参与欧洲经济共同体内经济周转中供、产、销的任何一个环节的组织，不管这个组织是以公有制的形式出现，还是以私有制的形式出现；也不管它是独立的法人，还是非法人团体；是负有限责任，还是负无限责任等等，都属于欧洲经济共同体竞争法意义上的企业。如果这些企业对欧洲经济共同体内的竞争进行了限制，或事实上对欧洲经济共同体的竞争产生了影响，就可以对它们适用欧洲经济共同体竞争法。”①

由于大多数成员国都有自己的竞争法规范，而欧共体竞争法又对成员国国民具有直接的适用效力，即成员国居民和企业可以直接根据欧共体竞争法的规定，向所在国法院提起诉讼，要求实施了反竞争行为的被告人赔偿自己的经济损失。② 这样，在一个国家就有两套竞争法规范同时在发挥作用。因为有些成员国的竞争法内容与欧共体竞争法的内容不一致，所以在司法实践中常会发生法律适用方面的冲突，即同一限制竞争行为，依成员国竞争法不属于违法行为，而依欧共体竞争法却属于违法行为。在这一情势下，欧共体竞争法的效力优先于成员国竞争法。③

根据欧共体竞争法及法院判例，欧共体委员会与欧洲法院处理了大量国有企业利用行政管理权限制竞争的案件。虽然，欧共体竞争法规定，国有企业可援引条约第 90 条第 2 款的规定为自己的行为抗

---

① 程建英：《欧洲经济共同体竞争法对国营企业的特殊规定》，载《外国法译评》1993 年第 2 期。

② 阮方明：《欧盟竞争法》，北京：中国政法大学出版社 1998 年版，第 25—26 页。

③ 同上书，第 81—87 页。

辩或请求豁免，事实上，在欧共同的能源、交通、电信、邮政等经济领域被引入竞争机制的过程中，一些成员国也确实以垄断企业从事“带有普遍经济利益的服务”且“执行国家委托的特殊任务”为由，要求对这些企业给予豁免，但欧共体委员会和欧共体法院对第 90 条第 2 款的解释极为严格，因此，迄今为止，欧共体还没有使任何一个成员国的国有企业享受到豁免待遇。[①]

① 王晓晔：《欧共体竞争法中的国有企业》，载《外国法译评》1999 年第 3 期。

第九章　反行政垄断立法、执法现状与缺陷

自行政垄断产生时起，我国就一直在关注着行政垄断的控制问题。二十多年来，国家权力机关与行政机关颁布了大量专门禁止行政垄断或含有禁止行政垄断内容的法律文件。工商行政管理部门等执法机关开展了几次规模较大的整治行政垄断的专项执法活动，处理了一些行政垄断案件。然而，行政垄断在现实经济领域中仍然大量存在的事实无情地昭示我们：现行反行政垄断立法与执法存在着某些重要缺陷——这些缺陷使国家控制行政垄断的期望落空。探寻反行政垄断立法与执法存在的缺陷，能使我们在构建反行政垄断法律制度时，做到有的放矢、对症下药。

第一节　反行政垄断立法现状与缺陷

一、现行有关反行政垄断的立法

据作者的不完全统计，自 1980 年至今，我国现行有效的与控制行政垄断有关的法律文件至少在 20 件以上。既有全国人大常委会通过的法律，也有国务院发布的行政法规，还有国务院各部委局及地方政府颁布的行政规章。这些法律文件，根据它们的内容与表现形式，大体可分为如下几类：含有禁止行政垄断内容的综合性法律文件；禁止地区封锁与部门垄断的专门性法律文件；含有禁止行政垄断内容的行业法规；禁止党政机关兴办经济实体的规定。考察这些法律文件的相关内容，有助于我们了解我国现行反行政垄断立法的概况，同时，也是本章对现行反行政垄断立法存在的问题进行分析的基础。

（一）含有禁止行政垄断内容的综合性法律文件

《反不正当竞争法》、《价格法》和《招标投标法》等综合性法律文件中都有禁止行政垄断的内容。《反不正当竞争法》第 7 条规定，政府

及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动;政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。第 30 条规定了政府及其所属部门违反该法应承担的法律责任:政府及其所属部门限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动,或者限制商品在地区之间正常流通的,由上级机关责令其改正;情节严重的,由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。

1997 年制定的《价格法》有多个条款(第 22 条第 1 款、第 23 条、第 45 条、第 47 条)与控制行政垄断有关。主要内容为:政府价格主管部门和其他有关部门制订政府指导价、政府定价,应当开展价格、成本调查,听取消费者、经营者和有关方面的意见;制订关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价,应当建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性;国家行政机关的收费,应当依法进行,严格控制收费项目,限定收费范围、标准;地方各级人民政府或者各级人民政府有关部门违反价格法规定,超越定价权限和范围擅自制订、调整价格或者不执行法定的价格干预措施、紧急措施的,责令改正,并可以通报批评;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。

1999 年公布、2000 年生效的《招标投标法》对招投标活动中的行政垄断进行了控制。该法第 6 条规定,依法必须进行招标的项目,其招标投标活动不受地区或者部门限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标,不得以任何方式非法干预招标投标活动。第 12 条规定,任何单位和个人不得以任何方式为招标人指定招标代理机构。任何单位和个人不得强制招标人委托招标代理机构办理招标事宜。第 14 条第 2 款规定,招标代理机构与行政机关和其他国家机关不得存在隶属关系或者其他利益关系。第 62 条规定了违反上述规定的法律责任:任何单位限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标的,为招标人指定招标代理机构的,强制招标人委托招标代理机构办理招

标事宜的,或者以其他方式干涉招标投标活动的,责令改正;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分,情节较重的,依法给予降级、撤职、开除的处分。

(二)禁止地区封锁与部门垄断的专门法律文件

地区封锁与部门垄断是我国经济领域中两种影响面最广、对竞争危害最大的垄断形态。缘于此,国家关于禁止地区封锁和禁止部门垄断的立法较关于禁止其他行政垄断形态的立法要完善:不仅立法层次较高,而且内容也较详细。当前关于禁止地区封锁与部门垄断的专门法律文件主要有三件:第一件是《竞争十条》;第二件是国务院于1990年11月发布的《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》;第三件是国务院于2001年4月发布的《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》。《竞争十条》是最早的禁止地区封锁与部门分割的法律文件,因本书第一章已对其内容作过引用,且已被国务院于2001年废止,在此不再介绍。

《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》的颁布时间晚于《竞争十条》整整十年。在此期间,地区封锁与部门分割随着国内经济形势的变化呈逐步蔓延之势,且封锁或分割市场的手段日趋多样化,因此该《通知》对地区封锁与部门分割的禁止性规定比《竞争十条》更详细。具体表现是,该《通知》列举了多种地区封锁与部门分割的表现形式。全部内容可概括如下:(1)任何地区和部门不得设置障碍,干涉企业在全国范围内的产品销售与商品选购,特别是不得在承包经营责任制中硬性规定只准购销或硬性搭配本地产品;不得将质次价高、用户不欢迎的产品强行压给流通企业。(2)各地区、各部门不得擅自在道路、车站、码头、省区边界设关卡,阻碍商品的正常运输。对现有的检查站(所、卡、岗)要认真进行一次清理整顿,撤销妨碍商品正常流通的各种关卡。(3)工商行政管理、质量监督检查和卫生检查等部门不得以打击假冒、伪劣商品为名,抬高外地产品的检验标准,变相阻止外地产品进入本地区销售。(4)各地区、各部门不得对外地产品或经销、使用外地产品的企业擅自增加税费、变动税率;不得制定封锁市场的惩罚性规定,收缴企业的合法收入;也不得超越权限擅自对经销本地产品的企业减免税收。(5)各地银行不得对经

销外地产品的企业限制贷款或提高贷款利率。(6) 各地区、各部门制定的凡与本通知精神不符的有关规定要一律废止，立即撤销所有限制外购商品的审批机构和封锁外地商品流通的关卡。(7) 本通知发布后仍继续搞地区封锁的，要追究有关领导者的责任。(8) 本通知由监察部和各省、自治区、直辖市人民政府监察部门监督执行。

《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》是迄今为止国家颁布的禁止地区封锁的最完善的法律文件。该文件共 28 条，内容包括地区封锁的主要表现形式、对抽象行政垄断的处理办法、各类具体封锁行为的查处机关、法律责任等几个方面。与前两个文件甚至与后面将要介绍的其他法律文件相比，该法律文件对地区封锁的控制是最全面的。第一，该文件首次将禁止地区封锁的适用范围从商品贸易领域扩大到服务贸易领域。早期的地区封锁一般发生于商品流通领域，但随着服务业的兴起，交通运输、建筑安装、证券、旅游等服务行业的地区封锁也逐步发展起来。如地方政府与中国证监会的派出机构联合发文规定：外地会计师事务所到本地执业须经批准，而且每一笔业务都必须单独报批。该文件第 3 条将禁止地区封锁的适用范围扩大到工程建筑类服务业，这是以前的法律文件所没有明确的。第二，该文件对以实行地区封锁为目的或含有地区封锁内容的政府规定，即本书所称的"抽象行政垄断"的处理办法作了规定。根据规定，地方各级人民政府所属部门的规定属于实行地区封锁或者含有地区封锁内容的，由本级人民政府改变或者撤销；本级人民政府不予改变或者撤销的，由上一级人民政府改变或者撤销。省、自治区、直辖市以下地方各级人民政府的规定属于实行地区封锁或者含有地区封锁内容的，由上一级人民政府改变或者撤销；上一级人民政府不予改变或者撤销的，由省、自治区、直辖市人民政府改变或者撤销。省、自治区、直辖市人民政府的规定属于实行地区封锁或者含有地区封锁内容的，由国务院改变或者撤销。地方各级人民政府或者其所属部门设置地区封锁的规定或者含有地区封锁内容的规定，是以国务院所属部门不适当的规定为依据的，由国务院改变或者撤销该部门不适当的规定。第三，明确了各类具体封锁行为的监督检查机关。该文件第 4 条列举了八种地区封锁行为，第 10 条至第 17 条对每种封锁行

为都指定了具体的查处机关:限定、变相限定单位或者个人只能经营、购买、使用本地生产的产品或者只能接受本地企业、指定企业、其他经济组织或者个人提供的服务的,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、工商行政管理部门查处;在道路、车站、港口、航空港或者在本行政区域边界设置关卡,阻碍外地产品进入和本地产品运出的,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、公安部门和交通部门查处;对外地产品或者服务设定歧视性收费项目、规定歧视性价格,或者实行歧视性收费标准的,由省、自治区、直辖市人民政府组织财政部门和价格部门查处;对外地产品或者服务采取和本地同类产品或者服务不同的技术要求、检验标准,或者对外地产品或者服务采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施,限制外地产品或者服务进入本地市场的,由省、自治区、直辖市人民政府组织质量技术监督部门查处;采取专门针对外地产品或者服务的专营、专卖、审批、许可等手段,实行歧视性待遇,限制外地产品或者服务进入本地市场的,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、工商行政管理部门、质量技术监督部门和其他有关主管部门查处;通过设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式,限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人参加本地的招投标活动的,由省、自治区、直辖市人民政府组织有关主管部门查处;以采取同本地企业、其他经济组织或者个人不平等的待遇等方式,限制或者排斥外地企业、其他经济组织或者个人在本地投资或者设立分支机构,或者对外地企业、其他经济组织或者个人在本地的投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇的,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、工商行政管理部门查处;其他地区封锁行为,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、工商行政管理部门、质量技术监督部门和其他有关主管部门查处。第四,明确了地方政府与其所属部门、地方政府或其所属部门工作人员的法律责任。依据该文件,地方人民政府或其所属部门违反本规定,实行地区封锁,纵容、包庇地区封锁,或阻挠、干预查处地区封锁,由省、自治区、直辖市人民政府给予通报批评;省、自治区、直辖市人民政府违反本规定,实行地区封锁,纵容、包庇地区封锁,或阻挠、干预查处地区

封锁，由国务院给予通报批评。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法定程序，根据情节轻重，给予降级或者撤职的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。地方人民政府或其所属部门违反本规定，制定实行地区封锁或者含有地区封锁内容的规定的，除依法改变或者撤销有关规定外，对该地方人民政府或者其所属部门的主要负责人和签署该规定的负责人，依法定程序，根据情节轻重，给予降级或者撤职的行政处分。接到检举地区封锁行为的政府或有关部门，不在规定期限内进行调查、处理或泄露检举人情况的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法定程序，根据情节轻重，给予降级、撤职直至开除公职的行政处分。地方人民政府或者其所属部门的工作人员对检举地区封锁行为的单位或者个人进行报复陷害的，依法定程序，根据情节轻重，给予降级、撤职直至开除公职的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

除以上三个法律文件外，国务院或其所属部门还发布过其他一些禁止地区封锁的法律文件，如 1982 年 4 月，国务院针对当时许多地区出现的对外地产工业品进行封锁的严重情况，发布了《关于在工业品购销中禁止封锁的通知》；1991 年 10 月，国务院为了解决当时农产品流通滞后的问题，发布了《关于进一步搞活农产品流通的通知》；1996 年 8 月，针对一些地方用行政办法，限制一些型号轿车，特别是限制一些非本地产轿车的使用，人为地造成市场分割和地区保护的情况，国务院转发了国家计委《关于取消地方限制经济型轿车使用的意见》；1999 年 11 月，中国证监会发布了《关于不得限制中介机构跨地区执行证券相关业务的通知》；2001 年 4 月，国家烟草专卖局发布了《关于禁止卷烟经营实行地区封锁的规定》。

(三) 含有禁止行政垄断内容的行业法规

早期的行业法规一般没有禁止行政垄断的内容，但随着经济体制改革的逐步深入及行政垄断危害性的日渐显现，立法部门在制定新的行业法规或对已有行业法规进行修改时，已将反行政垄断作为一项重要内容。2000 年 9 月国务院发布的《中华人民共和国电信条例》至少有两条与反行政垄断有关。其一是原则性条款，即“电信监督管理遵循政企分开、破除垄断、鼓励竞争、促进发展和公开、公平、公

正的原则”。其二是具体条款，即国务院信息产业主管部门“颁发《基础电信业务经营许可证》，应当按照国家有关规定采用招标方式”。而2001年2月由第九届全国人民代表大会常务委员会修订的《中华人民共和国药品管理法》有多个条款与禁止行政垄断有关。该法第69条规定，地方人民政府和药品监督管理部门不得以要求实施药品检验、审批等手段限制或者排斥非本地区药品生产企业依照本法规定生产的药品进入本地区。第70条规定，药品监督管理部门及其设置的药品检验机构和确定的专业从事药品检验的机构不得参与药品生产经营活动，不得以其名义推荐或者监制、监销药品。药品监督管理部门及其设置的药品检验机构和确定的专业从事药品检验的机构的工作人员不得参与药品生产经营活动。第95条规定，药品监督管理部门或者其设置的药品检验机构或者其确定的专业从事药品检验的机构参与药品生产经营活动的，由其上级机关或者监察机关责令改正，有违法收入的予以没收；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。药品监督管理部门或者其设置的药品检验机构或者其确定的专业从事药品检验的机构的工作人员参与药品生产经营活动的，依法给予行政处分。

（四）禁止党政机关和党政干部兴办经济实体的规定[①]

自1984年以来，中共中央与国务院联合发布过数以十计的文件，明确禁止党政机关和党政干部经商办企业。下面择取其中几个主要文件的内容予以介绍。

第一，《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》。该决定于1984年12月由中共中央、国务院联合发布。主要内容如下：(1) 党政机关不得使用公款（包括行政经费、党团费、老干部特需经费等）、贷款以及在职干部自筹资金，自办企业或与群众合办企业，不得在经济利益上与群众兴办的企业挂在一起。(2) 党政机关为改善后勤服务工作，方便职工生活，可以开办主要为机关本身服务的不以

① 关于中共中央与国务院联合发布的文件的性质，学界可能有争议。本书根据德国行政法学家毛雷尔关于行政组织的内部规则也属于行政法的观点，将其作为行政规章处理。

牟利为目的的设施，如小卖部、洗衣房、理发室、招待所、印刷厂等。所得收入，机关可以按规定留一部分，用来兴办和补助机关内部的职工集体福利事业，但不得进行自费工资改革，不允许以各种形式直接分配给职工。(3) 乡(含乡)以上党政机关在职干部(包括退居二线的干部)，一律不得以独资或合股、兼职取酬、搭干股分红等方式经商、办企业；也不允许利用职权为其家属、亲友所办的企业谋取利益。党政机关的在职干部，如本人要求保留公职去经商、办企业，可予批准，但不能保留原来的职务，其工资及生活福利待遇应即停发。如果本人要求辞去公职经营个体或集体经济，应予同意。(4) 党政机关干部可以采取向投资公司投资的方式，为国家和地方的经济发展做贡献，投入的资金可按照银行的规定获得利息，但不能参与有关企业的经营活动，更不能从中分红。选聘的乡镇干部，除了其中担任乡镇党委正副书记、正副乡镇长、正副乡经管会主任的以外，在做好本职工作的前提下，可以利用业余时间兴办企业和参与有关企业的经营活动，但不得经营与本人分管工作业务有直接联系的工商企业。他们所经营的个体或集体企业，应按照国家工商行政管理部门的规定，申报批准，依法经营。精简机构后，允许机关编余人员个人或集体兴办企业，但要同机关脱钩，实行自主经营，独立核算，自负盈亏。编余人员办企业后，随之不再把有关人员列入行政编制，并应进行工商企业登记。这部分人员经营企业所得的利润，不得用于增加机关干部的工资、奖金或其他福利开支。

第二，《关于进一步禁止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》。《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》发布以后，党政机关办的企业大部分已经停办或者同党政机关脱钩；参与经商、办企业的党政干部，大多数已经回到机关工作或辞去党政职务，但仍有一部分党政机关和党政干部采取各种手法继续经商、办企业，他们以权谋私，损公肥私，危害很大。为了坚决刹住这股不正之风，1986年2月，中共中央、国务院办公厅又发布了《关于进一步禁止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》，对以下几个问题进一步作了规定：(1) 党政机关，包括各级党委机关和国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关以及隶属这些机关编制序列的事业单位，一律不准

经商、办企业。凡违反规定仍在开办的企业包括应同机关脱钩而未脱钩,或者明脱钩暗不脱钩的,不管原来经过哪一级批准,都必须立即停办,或者同机关彻底脱钩。(2) 凡上述机关的干部、职工,包括退居二线的干部,除中央书记处、国务院特殊批准的以外,一律不准在各类企业中担任职务。已经担任企业职务的,必须立即辞职;否则,必须辞去党政机关职务。在职干部、职工一律不许停薪留职去经商、办企业。已停薪留职的,或者辞去企业职务回原单位复职,或者辞去机关公职。(3) 上述机关的离休、退休干部,除中央书记处、国务院批准者外,不得到国营企业任职。如果到非国营企业任职,必须在离休、退休满两年以后,并且不能到原任职机关管辖行业的企业中任职。离休、退休干部到企业任职以后,即不再享受国家规定的离休、退休待遇。(4) 凡参与违法经营活动或为其提供方便的干部、职工,要给予党纪政纪处分,其中的领导干部要从重处理。触犯刑律的,要依法惩处。(5) 领导干部的子女、配偶,在党政机关及所属编制序列的事业单位工作的,一律不得离职经商、办企业;不在党政机关及所属编制序列的事业单位工作的,不准利用领导干部的影响和关系经商、办企业,非法牟利。对违反规定的,要严肃处理。非法所得,一律没收。(6) 党政机关及所属编制序列的事业单位及其干部开办的企业停办以后,应由直接批准的业务主管部门负责清理。由于违法经营导致亏损倒闭、资不抵债,或者造成其他严重后果的,要由直接批准的业务主管部门和企业共同承担经济责任和法律责任,同时还应追究有关人员的责任。(7) 工商行政管理机关对申请开办的企业,必须严格按国家有关规定审批,坚持原则,依法办事,失职者要追究责任。各级领导干部对工商行政管理机关依法行使职权不得干预。(8) 本规定适用于工会、共青团、妇联、文联、科协和各种协会、学会等群众组织,以及这些组织的干部和职工。这些组织如有特殊情况,需要办非商业性企业的,必须报经国务院或省、自治区、直辖市人民政府批准。(9) 为安排青年就业开办的劳动服务公司和乡镇、街道开办的企业存在的问题,由有关部门组织力量调查研究,另作规定。各级党委和政府要坚决贯彻落实上述规定,做到令行禁止。对拒不执行的,要严肃处理,并追究领导责任。各级纪委、工商行政管理机关要与组织、人事、审计、税务、

银行、司法等部门密切配合，监督执行。

第三，《关于党政机关兴办经济实体和党政机关干部从事经营活动问题的通知》。该《通知》由中共中央办公厅、国务院办公厅于1992年6月发布，主要是针对在新的一轮机构改革中出现的部分地区鼓励党政机关兴办各类经济实体，提倡和支持党政机关干部从事各种经营活动这种情况而发布的。内容主要有两个方面：(1) 县及县以上党政机关（包括党委机关、国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关）不准经商、办企业。所兴办的各类经济实体，必须与党政机关在财务、名称、人事等方面彻底脱钩……严禁党政机关利用自己掌握的权力为经济实体谋取非法利益……在机构改革中，由政府经济管理部门成建制转为经济实体的，要严格实行政企职责分开，不能“一个机构、两块牌子”，不能再行使政府部门的行政管理职能。(2) 县及县以上党政机关在职干部一律不得经商、办企业，不得兼有党政机关干部和企业职工双重身份……在机构改革试点中从党政机关分离出来从事各种经济活动的人员不能保留原在党政机关担任的职务，不能再以党政机关的名义或以党政机关干部的身份从事经营活动，要与党政机关脱钩。

二、现行反行政垄断立法存在的主要缺陷

对现行反行政垄断立法状况进行总体考察，我们至少可以获得如下两点初步认识：第一，我国控制行政垄断的法律不是没有，恰恰相反有很多；第二，控制行政垄断的法律文件明显没有发生实效。[①] 这不必用现实中愈来愈严重的行政垄断现象去印证，只须考问一下禁止行政垄断的法律文件如此之多的原因便可略知一二——只有当已颁布的法律规范不能按预期目的解决实际问题的时候，才需要额

① 有一项国际研究资料可证明我国反行政垄断法律的效力是比较低的。由世界经济论坛和哈佛大学国际发展研究所公布的《2000年全球竞争力报告》详细地列出了世界59个国家几十项竞争力指标的评分和排位情况。其中有一项指标是“反垄断政策有效性”，我国该项指标的得分为3.4分，在59个国家中排第50位，属于“有效性比较低”的国家。（资料来源：Michael E. Porter, Qetal, 2000, The Global Competitiveness Report 2000, Oxford University Press. 参见胡鞍钢，过勇：《从垄断市场到竞争市场：深刻的社会变革》，载《改革》2002年第1期。）

外的法律规范作出“进一步”规定。

影响法律实效的因素，从法理上分析，主要有两个方面：法律自身的因素与非法律因素。[①] 非法律因素包括一国或一个社会的基本制度，政治、经济、文化发展水平，执政党的路线、方针、政策，自然资源、人口、地理等等。法律自身的因素包括立法、执法、司法、法律监督等诸方面。客观地说，反行政垄断的法律实效差与法律因素和非法律因素都有非常密切的关系。从某种程度上说，非法律因素比法律自身的因素对禁止行政垄断法律实效的影响更大。囿于研究主题，本章只对现行反行政垄断法的自身因素作一些概括性分析，这种分析分两节进行，本节分析反行政垄断立法存在的问题，下一节分析反行政垄断执法存在的问题。

关于现行反行政垄断立法存在的缺陷，有很多学者作过概括。中国社会科学院法学研究所研究员王晓晔博士将其概括为四个方面：(1) 现行反行政垄断的规则分散在众多的“条例”、“通知”、“暂行规定”和《反不正当竞争法》中，没有形成一个专门和完整的法律体系；(2) 大部分规则是国务院各部委发布的行政法规，权威性不够；(3) 对政府滥用行政权力限制竞争的行为制裁不力；(4) 现行反垄断法的主管机构是工商行政管理部门，独立性与权威性不够。[②] 中南政法学院张淑芳教授将现行的禁止行政垄断立法的缺陷概括为如下五个方面：(1) 立法形式散乱。诸多立法形态的反垄断规定由于缺乏统一的立法依据作指导，往往表现出中央与地方或地方与地方之间的规定不一致，甚至相互冲突的现象，无法构建一个有机联系的反行政垄断法律体系。(2) 立法内容疏漏。现有的反行政垄断的许多立法都采取列举规定的形式，因而没有穷尽行政垄断的全部，使得一些行政垄断形式游离于法律规范之外，给行政垄断行为以可乘之机。(3) 禁止性规范多于制裁性规范，对行政垄断实施者的制裁力量显得不够。(4) 只注重行为立法，而不注重体制立法。如此立法方式仅顾及了行政垄断的现象和表面，却未触及其实质。(5) 突出行为的经济性质，

① 沈宗灵主编：《法理学》，北京：高等教育出版社 1994 年版，第 352 页。

② 王晓晔：《竞争法研究》，北京：中国法制出版社 1999 年版，第 12—130 页。

忽视了行为的行政性质。[1] 两位教授的概括是中肯的、全面的，本章在此不再作重复介绍，只选择其中的一两个重要方面，结合前述相关法律文件的具体内容再作一些剖析。

现行反行政垄断立法存在的最重要的缺陷在于以下两个方面：一方面，立法机关对行政垄断的违法性质缺乏审慎思考，由此导致反行政垄断立法不能形成一个完整的体系；另一方面，法律责任设置不科学、不完善，不足以对行政垄断实施者构成威慑。

在第一篇的第四章，作者曾指出行政垄断是一种兼具经济违法与行政违法双重违法属性的竞合违法行为，要有效地控制行政垄断，既要重视经济法律制度特别是竞争法律制度的建立与完善，也要重视行政法律制度的建立与完善，要注意经济法律规范与行政法律规范在反行政垄断方面的互补与协调，避免“法律真空”或“重复建设”现象的出现。审视前文所列举的反行政垄断法律规范的内容，我们将发现，“法律真空”与“重复建设”现象在反行政垄断立法中同时存在。所谓“法律真空”，即现行反行政垄断立法并没有囊括现实经济生活中的全部行政垄断现象，如强制联合限制竞争是一种比较典型的行政垄断形态，但迄今为止，没有一个法律文件将其纳入调整范围。所谓“重复建设”，就是指一种行政垄断形态，在一个法律文件中作了禁止性规定，又在另外的法律文件中作同样的规定，或者上位法已作了具体规定，下位法又作出相同的规定。这是立法机关对行政垄断违法本质缺乏审慎思考在立法层面的重要表征之一。立法机关对行政垄断违法本质缺乏审慎思考在立法层面的另一个表征，就是现行立法对一种行政性限制竞争行为，往往只从经济立法或行政立法的角度进行单一控制，很少双管齐下。譬如，党政机关和党政干部经商办企业既损害了行政管理秩序，也损害了竞争秩序，但现行立法只从维护行政管理秩序的角度对党政机关和党政干部经商办企业作了禁止性规定，没有像俄罗斯所做的那样从维护公平竞争秩序的角度在竞争法中禁止党政机关和党政干部经商办企业。

法律责任设置不科学、不完善是反行政垄断立法存在的第二个

---

① 张淑芳：《行政垄断的成因分析及法律对策》，载《法学研究》1999年第4期。

重要缺陷。法律责任是法律规范得以发生效力的有力保障，是法律规范得到遵守和实施的前提。没有法律责任，再好的法律也是一纸空文；有法律责任但不合理，法律规范的功能也不能充分实现。尽管作者此前认为对行政垄断主体进行法律制裁对于控制行政垄断的作用是有限的，但作者同时主张，应透过“行政主体”这一层面纱，建立严格的行政垄断过错责任追究制度，追究行政官员或其他行政组织成员的法律责任。根据现行反行政垄断立法的相关内容来看，许多反行政垄断法律文件中的法律责任的设置是不健全、不完善的。具体表现有：(1) 有些文件只规定实施某种行政垄断违法，而没有规定实施这种违法行为应承担法律责任，如《竞争十条》通篇没有关于“法律责任”的规定；(2) 有些文件规定行政垄断实施者应承担法律责任，但这种规定非常概括，无具体责任形式予以落实，如《关于打破地区封锁进一步搞活商品流通的通知》只规定“本通知发布后仍继续搞地区封锁的，要追究有关领导者的责任”，至于领导者应承担什么责任，该《通知》没有明确；(3) 有些法律规范只规定行政主体应承担法律责任，没有规定公务员应承担责任或只规定公务员应承担责任，而没有规定行政主体应承担责任；(4) 与行政垄断给社会所造成的危害相比，行政垄断实施者所承担的法律责任过于轻微。这是现行反行政垄断立法的通病，即使全国人大常委会制定的《反不正当竞争法》也不例外。依《反不正当竞争法》的规定，政府及其所属部门实施行政垄断，一般情况下，由上级机关责令改正，只有“情节严重”的，才给予“行政处分”。

第二节　反行政垄断执法现状与问题

一、反行政垄断执法现状

在社会主义市场经济体制目标尚未确立以前，反行政垄断还只是政府向外界表现出来的一种姿态，一种意向。在这一段时间，中央政府并没有真正的反行政垄断行动。对此，我们可以举一个具体的事例来做说明。自 1984 年来，政府多次下文禁止党政机关办经济实体，

1992 年 6 月中共中央办公厅、国务院办公厅又一次发文，禁止党政机关兴办经济实体和党政机关干部从事经营活动。但根据国家工商行政管理局当年的统计，1992 年党政机关兴办的公司仍占该年新办公司的 10%。[①] 这一事例表明，在改革开放后的相当长一段时间里，中央政府的反行政垄断活动是“雷声大，雨点小”。

党的十四大召开之后，特别是《反不正当竞争法》颁布之后，广大经营者与消费者对行政垄断的危害性的认识日益加深，学术界反行政垄断的呼声不断高涨，新闻媒体对行政垄断案件的曝光也不断加强。在这种情势下，中央政府与地方政府加大了反行政垄断的力度，制止了一些行政垄断案件。在中央政府这一层级上，国家工商行政管理局于 2000 年、2001 年连续两年开展了整治行政垄断的专项执法活动。据统计，自 1993 年至 1998 年，全国工商行政管理机关立案查处了八十余件行政垄断案件。[②] 在地方政府这一层级上，许多地方的工商行政管理机关出于维护公平竞争和市场秩序的责任感，排除各种困难和阻碍，积极开展反行政垄断的执法探索，通过行政建议、行政告诫等方式制止了一些行政垄断行为。如，1999 年，黑龙江省工商局从部分地区地方封锁和地方保护比较严重的啤酒市场入手，组成五个调查组对行政性壁垒比较突出的地区进行专题调查研究，并牵头会同政府有关部门对打破地方封锁进行专题检查，通过提请政府撤销设置行政性壁垒的文件、制止地方封锁行为等，有效地制止和查处了 78 件行政垄断案件。[③]

二、反行政垄断执法存在的主要问题

尽管近几年反行政垄断取得了些许成绩，但问题仍然是很突出的。虽然我们无法确知全国每年到底有多少行政垄断案件发生，但从

---

① 国家经贸委、国家工商局“反垄断法”起草小组：《关于我国反垄断立法若干问题的研究》，载《经济工作通讯》1995 年第 5 期。转引自王晓晔：《依法规范行政性限制竞争行为》，载《法学研究》1998 年第 3 期。

② 王学政：《中国反垄断立法需要深入讨论的几个问题》，载季晓南编：《中国反垄断法研究》，北京：人民法院出版社 2001 年版，第 42 页。

③ 孔祥俊：《中国现行反垄断法理解与适用》，北京：人民法院出版社 2001 年版，第 12 页。

传媒的报道中，我们了解到，有些影响比较恶劣的行政垄断案件并没有得到查处。这表明，现行的反行政垄断仍然存在严重的“执法不严”问题。而在那些已被“制止”的行政垄断案件中，我们还可以发现一种怪现象：该管的不管，不该管的多管“闲事”。一如前述，被“制止”的极小部分行政垄断案件，是由工商行政管理部门出面处理的。而根据现行立法确立的反行政垄断执法制度，工商行政管理部门并非(惟一)法定的反行政垄断机关，反行政垄断的法定机关(主要)是行政垄断实施者的“同级”或“上级机关”。

反行政垄断执法之所以存在如上不足，主要原因在于，现行立法建立的反行政垄断执法制度有缺陷，这种缺陷可从两个方面具体说明：

第一，现行反行政垄断立法没有设置专门的反行政垄断机构。在《反不正当竞争法》颁布之前，有关禁止行政垄断的法律文件基本上没有关于执法机关的具体规定。最早的反行政垄断立法《竞争十条》只规定：“采取行政手段保护落后，抑制先进，妨碍商品正常流通的做法，是不合法的，应当予以废止。”至于由谁来废止，《竞争十条》没有明确。《反不正当竞争法》是第一个对行政垄断查处机关作出规定的法律文件。该法第30条规定：“政府及其所属部门违反本法第7条规定，限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动，或者限制商品在地区之间正常流通的，由上级机关责令其改正；情节严重的，由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。”该条中的“同级”机关或“上级机关”是十分模糊的概念。众所周知，中国有五级政府，每一级政府由许多职能部门组成。因此，除省一级政府以外，任何一级政府或任何一个职能部门，其“同级或上级机关”都是复数，而不是单数。显然，《反不正当竞争法》对行政垄断查处机关的规定是非常含糊的。2001年4月国务院颁布的《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》不仅对抽象行政垄断的处理机关作了细致规定，而且对各类具体封锁行为的查处机关的规定也很详细。如该文件规定：“地方各级人民政府所属部门的规定属于实行地区封锁或者含有地区封锁内容的，由本级人民政府改变或者撤销；本级人民政府不予改变或者撤销的，由上一级人民政府改变或者

撤销。""在道路、车站、港口、航空港或者在本行政区域边界设置关卡,阻碍外地产品进入和本地产品运出的,由省、自治区、直辖市人民政府组织经济贸易管理部门、公安部门和交通部门查处。"显然,国务院的新文件对行政垄断查处机关的规定是比较明确、具体的,这在一定程度上克服了《反不正当竞争法》存在的缺陷。但该文件所规定的行政垄断查处机关涉及经贸、工商、公安、交通、财政、价格、技术监督等众多部门,从而使它在克服了《反不正当竞争法》对执法机关规定不明确的缺陷的同时,又陷入了"多头执法"及由此必然会产生的"人人都可以管、人人都不管"的困境。所以,国务院的新规定并没有使反行政垄断执法制度中执法机关不确定的缺陷有任何实质意义上的改进。

第二,现行反行政垄断立法所确立的反行政垄断执法制度,不符合制裁行政垄断的内在理路。由一个行政机关制裁另一个行政机关,是当前反行政垄断执法制度的基本架构。根据这种架构,反行政垄断执法机关应该具有较高权威、能对行政垄断实施者构成真正的威胁。"任何制裁理论首先必须接受下列事实,即惩罚的威胁有助于制止"[①],没有威胁的制裁将导致制裁不能。而根据现行相关法律的规定,制裁行政垄断的机关是行政垄断实施者的"同级"或"上级机关"。抛开同级或上下级系"老朋友或老熟人关系","不会专门睁大眼睛",对限制竞争行为进行认真监督检查这一层顾虑,即使同级或上级机关愿意瞪大眼睛,对其同级或下级机关的限制竞争行为进行认真监督与检查,在有些情况下,如实施行政垄断的机关不愿配合的情况下,也只能干瞪眼。因为,现行立法并没有赋予垄断实施者的某一同级或上级机关制裁行政垄断的职权。何况,在行政体系内部,不管是同级机关,还是上下级机关,彼此之间的关联性是极强的。

① 〔美〕弗里德曼:《法律制度》,李琼英,林欣译,北京:中国政法大学出版社1994年版,第81—82页。

第十章　行政垄断法律控制体系之构设

法律是控制行政垄断最重要、最有效的手段。然而，控制行政垄断的法律是无法在“自生自发”的社会秩序中生成的，它须经由法学家、立法者的刻意设计与构建。法学家、立法者刻意设计、构建的法律制度是否合理、科学，直接关系到行政垄断控制目标之实现。

自行政垄断产生以来，法学界就如何用法律手段控制行政垄断问题进行了认真探索，取得了较丰硕的研究成果。这些成果对于指导我国的反行政垄断立法与执法工作具有毋庸置疑的参考价值。然而，行政垄断问题极为复杂，而大多数学者将研究视角局限于用反垄断法控制行政垄断这一层面，且往往是依据西方国家的反垄断理论与经验来构设中国的反行政垄断法律制度。反垄断法尽管是控制行政垄断的不可缺少的极其重要的法律，但显见不争的是，仅仅依靠反垄断法是不能对行政垄断进行有效控制的。中国著名科学家钱学森曾说：“什么事情都是一个系统，而且有一个结构。而这个结构之中存在着相互作用。”另一位著名科学家钱伟长认为：“我们要处理一个问题，必须把这个问题有关的部分联系起来考虑，而这个联系考虑的范围就叫做‘系统’。”[1] 根据两位科学家的观点，我们应当将对行政垄断的法律控制看成一项系统工程。由此，反行政垄断立法就不能只着眼于某一项法律，或某几项法律，而应将与行政垄断控制有关的所有法律联系起来考虑，建立一个完善的行政垄断法律控制体系。只有这一体系的各个构件都具备了，即各项法律制度都完善了，并确确实实发生了作用，行政垄断才能得到有效控制。这一情势，其实有些学者早有洞见。曹士兵博士在其专门研究“指导反垄断立法的一般法律原则和制度类型”的专著中，曾就如何用法律手段控制行政垄断问题提出了自己的独到见解。他说：从法律角度看，反行政垄断需要一个以

---

① 吴世宦：《法治系统工程学》，长沙：湖南人民出版社 1988 年版，第 3 页。

宪法为龙头，以反垄断法为核心，以公司法、税法、劳动法等为配套的完整的法律体系。[1]曹博士的观点极具前瞻性。然而，囿于研究主题，他未就如何运用其所提及的法律规范控制行政垄断这一问题展开研究，从而使得人们对宪法、公司法、劳动法甚至是反垄断法与控制行政垄断间的关系的认识仍处于一种模糊状态。

本章的目的在于运用作者有限的智性，根据“适合性与移植性相结合”，“实证性与假设性相结合”的研究方法[2]，对构建行政垄断法律控制体系的基本思路予以探索。这种探索以法学相关学科的权力控制理论，主要是宪法学上的控权论、行政法学上的控权论、经济法学上的干预政府论为理论前设，以中国国情为基本立足点。在理想——根据（控权）理论的要求，行政垄断法律控制体系之构建与实施应以法治的实现尤其是保障权力分立与制衡机制得以建立的“宪法至上”地位的获得为先决条件——与现实——中国本土法资源中缺乏自然法观念及“利益集团化”不明显等法治秩序赖以生成的基本条件——相冲突的两难困境中，作者坚持只有制度创新，才能走出这一困境的基本信念。根据这一信念，作者对如何用法律手段控制行政垄断的基本思路进行了探索，提出了“以协商合作制为核心，以反垄断法的制定为契机，分步构建、整体推进行政垄断法律控制体系的建设”的观点。最后站在控制行政垄断的角度，就如何制定和完善反垄断法、行政程序法、财税法、诉讼法、宪法等法律规范提出了具体建议。

第一节　控权论：构设行政垄断法律控制体系之理论基础

行政垄断法律控制体系之构建，涉及如何用法律手段控制行政权力这样一个既古老又极具现代性的法学理论问题。早在古希腊、

---

① 曹士兵：《反垄断法研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 19 页。

② 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，成都：四川人民出版社 1995 年版，第 12 页、第 18 页。

罗马时期，人们就提出了用法律控制权力的思想。如古罗马法学家西塞罗就曾提出“权力从属于法律”的观点，他说：“官员是说话的法律，法律是不说话的官员”。[①] 但在人类进入自由资本主义社会以前，人们尚未就如何通过法律手段控制权力提出具有可操作性的理论。进入自由资本主义社会以后，近代思想家从经验中发现了一种权力控制方法，即将权力分成几种，分别由不同的机关掌握，并让这些权力相互制约。这种以权力制约权力的方法，后人称之为权力分立与制衡理论。

权力分立与制衡思想最早见诸于英国法哲学家詹姆士·哈林顿的著作。哈灵顿在其长篇政治论文《太洋国》(1656 年)中指出，无论从经验或理智来看，共和国都应包含三种机构，即元老院、人民大会和行政机构。元老院掌握辩论与提议案之权，人民大会对辩论与议案进行决议，行政机构执行此决议。元老院和人民大会属于立法机构，分享立法权。立法权为什么要由元老院和人民大会分享，哈林顿的解释是，“在实行单一议会制的共和国里，除了进行均分的机构之外，就没有其他机构进行选择。因此，这种议会就必然会发生争夺”，要避免争夺发生，“除了成立另一个进行选择的议会以外，再没有其他任何补救的办法”。[②] 哈林顿的解释“已经包含了权力的分立与制衡思想的萌芽”[③]。

继哈林顿之后，英国著名政治思想家、古典自然法学派的主要代表人物洛克基于效率与维护自由的考虑，提出了权力分立主张。洛克认为，立法机关的代表性使其过于庞大，对法律的执行来说，它太迟缓，因此，为了效率的目的，必须有一个执行法律的部门。同时，“如果同一些人有权制定法律，手中还握有执行法律的权力，这对人们容易想攫取权力的弱点是一个极大诱惑，因此，他们也许会免除自己服从自己制定的法律的义务，并在法律的制定和执行中使法律适应自己

① (古罗马)西塞罗：《论共和国 论法律》，王焕生译，北京：中国政法大学出版社 1997 年版，第 255 页。

② 转引自李龙主编：《西方法学名著提要》，南昌：江西人民出版社 1999 年版，第 136 页。

③ 李龙主编：《西方法学名著提要》，南昌：江西人民出版社 1999 年版，第 137 页。

的私利。"[1] 基于以上两种理由，洛克得出结论，立法权和执行权应当分立。洛克的理论虽然"体现了权力分立学说的一些精华，但它不是纯粹的分权学说"[2]。

1748年，法国著名思想家孟德斯鸠在其代表作《论法的精神》中，比较系统地阐述了权力分立与制衡理论。孟德斯鸠认为，"一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验"。"要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。""当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权及裁判私人犯罪和争讼权，则一切都完了。"因此，最可靠的政府形式就是那种立法、行政、司法三权分立的政府，也就是使上述三权相互独立、并分别委托给不同的人或群体的形式。孟德斯鸠还认为，应当用权力分立的方式达到权力间的相互制衡。[3]

权力分立与制衡理论是人类历史上第一个较科学的、具有可操作性的权力控制理论。以美国为先导，近代资本主义国家纷纷在各自的宪法中确立了以之为基本理论依据的权力分立与制衡机制。经验表明，在宪法保障下的权力分立与制衡制度对控制资本主义国家政府权力的滥用，特别是行政权力的滥用起到了至关重要的作用。到19世纪末20世纪初，由于资本主义国家的经济管理职能不断扩张，行政自由裁量权也随之扩张，宪法对权力滥用的控制已无法应对行政自由裁量权日益膨胀的情势。为此，行政法及兴起于20世纪初的

---

① 转引自〔英〕M. J. C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，上海：三联书店1997年版，第58页。

② 〔英〕M. J. C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，上海：三联书店1997年版，第58页。

③ 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》(上)，北京：商务印书馆1982年版，第154页、第156页、第157—166页。

经济法，与宪法一道承担起了控制政府权力的重任。宪法与行政法、经济法如何实现各自承担的控权功能，相关学者在各自的基础理论研究中都曾作过专门研究。这些研究成果对于行政垄断法律控制制度之建构具有明显的指导意义。

一、宪法学上的控权论[①]

尽管宪法所调整的社会关系与其他普通法律不同，但宪法作为法的一部分，它与普通法一样，对社会生活具有规范作用。宪法对社会生活的规范作用主要是通过它对国家机关以及其他影响法律秩序的权力施加控制来实现的。"宪法是控权法"，宪法对权力的控制是宪法的重要价值，如果宪法失去了对权力的控制或者宪法的控制手段不能有效地制约权力的滥用，那么法律制度的基础就会动摇并最终崩溃。基于此，"凡是民主的国家，宪法都为法律秩序设置了一系列的控制手段，而且各种手段相互补充，构成一个完整的控制体系。"宪法的控权功能是通过如下手段实现的：

第一，限制权力。限制权力是宪法控权体系的核心。不论是在近代还是现代，宪法对权力的控制都是以限权为中心来展开的。限制权力包括对政府权力的限制和对其他权力的限制，其中对政府权力的限制是宪法的主要目的。由于本书研究的重点是如何对政府权力进行限制，因此关于宪法如何控制其他权利（力）的内容在此从略。为了对政府权力进行限制，宪法设置了一个严密的限制体系，包括外部限制和内部限制两个方面。外部限制即由社会团体和公民对政府权力施加的限制。具体方法有：(1) 授予权力，为政府权力的范围设定一个基本边界；(2) 强调对公民权利的保护。内部限制手段即国家机关内部之间相互监督以达到相互制约的目的。这是立宪阶段限制政府权力的主要方法。具体方法有：(1) 分权。即将国家权力分为行政、立法和司法三个方面，并由三个不同的国家机关来执掌，使得任何一个国家机关都没有相对于其他机关的明显优势，也没有迫使其他机

① 主要参见朱福惠：《宪法至上：法治之本》，北京：法律出版社 2000 年版，第 98 页、第 118—126 页。

关服从自己的特权。(2) 制约。在分权的基础上,宪法将不同的权力授予不同的机关,并划定其权力关系的边界,使其互相保持相对的独立性。制约的主要目的在于:一切国家机关的权力只有在具有宪法依据时才有法律效力,而一个机关超越权限行使职权可能构成了对其他机关的权力之侵犯,或者侵犯了公民的权利。其他国家机关对其违反宪法的行为进行追究是宪法赋予的职责,通过这种制约,在国家机关中形成以宪法为中心的权力体系,共同服从宪法。(3) 限制权力的行使。即通过国家机关的内部监督机制来对国家权力的行使进行限制。这是一种动态的限权。

第二,监督权力的行使。宪法上监督权力行使的机制有两种,即内部监督机制与外部监督机制。内部监督机制就是国家机关内部的监督,这种监督是限制权力的一部分。外部监督是公民、社会团体以及其他组织对国家权力的监督。这里所说的"监督权力的行使"指通过外部监督方式监督国家权力的行使。宪法规定的外部监督手段主要包括舆论监督、政治批评和对政府及其官员的行为提起控诉三个方面。

第三,权力的义务性。突出行政权力的义务性是因应行政权力的扩张而建构的一种新的重要控权方式。其基本内容就是,宪法在授予国家机关权力的同时,规定依法行使权力也是它的义务。

二、行政法学上的控权论

行政法具有控权功能,这是国外行政法学界特别是英美法学界的共识。英国行政法学者韦德认为:"行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。无论如何,这是此学科的核心。""行政法的最初目的就是要保证政府权力在法律的范围内行使,防止政府滥用权力,以保护公民。"① 我国行政法学者对此观点也深表赞同,认为"行政法就是控制行政权力的法"②。

---

① 〔英〕威廉·韦德:《行政法》,徐柄等译,北京:中国大百科全书出版社 1997 年版,第 5 页。

② 杨解君:《当代中国行政法(学)的两大主题》,载《中国法学》1997 年第 5 期。

行政法如何实现其控权功能?孙笑侠教授在其专著《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》中作了全面而细致的阐述。孙教授认为,“现代社会条件下的社会背景日益复杂,以单一控权方式为特征的法律制度已不能胜任行政法的使命”。现代行政法对行政权的控制是一种综合控制。所谓综合控制,就是权力控制方式并非单一的,而是多元的。具体来说,现代行政法上的控权方式包括规则性控制、过程性控制、补救性控制、自治性控制、内部性控制、合理性控制等。①

第一,规则性控制,即法律制定阶段的实体控制。包括限制行政权力(缩小行政权力的运用范围),规定行政权力的行使范围(以授予权力的积极形式来控制权力)。规则性控制是最传统的控权方式,也是最基本的控权方式。它是一切行政法律问题的前提和基础,是法律实行综合控权的起点,没有实体法律规则,行政机关的权力就无从确定,因而行政的目标也无法确定。在没有确定权力的界限与范围之前,其他一切控制方式是不可能存在或成立的。

规则性控制的基本特点是:从行政行为结果着眼,注重实体规则的制定。行政主体的法律适用技术侧重于对实体法规则进行分析并严格遵循实体法。法律规则被等同于行政管理权力的理由,通过详细的实体规则来实现法律对行政权力的控制功能。

规则性控制存在于权力的设立阶段,因此,设立权力是规则性控制的最重要关口。权力设定应遵循三个相互联系的原则。(1) 权力法定原则。所谓权力法定就是行政权力均应来源于法律。行政权只有经过立法机关通过法律来设定,才具有合法性,才成为一项合法的“行政权力”。凡法律没有授权的,行政机关不得为之。法律对行政权力进行设定的模式应该是:何种权力——如何行使——如有违者,如何处理;法律授予行政机关制定法律、规章的权力,必须具有明确的实质性的标准。(2) 立法优先原则。立法机关制定的法律、法规的效力,高于同级行政机关的法规、规章;当地方性法规与部门规章、地方

① 孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,第九章至第十三章,济南:山东人民出版社 1999 年版。

规章相互冲突时，从司法审查的角度看，应坚持地方性法规效力高于规章的原则；省级立法机关可以就宪法、法律未作规定的事项进行规定，而各级政府只能根据宪法、法律已有的规定从事行政性的法规和规章的制定工作；在已有法律规定的情况下，任何其他法律规范，包括行政法规，地方性法规和规章，都不得与法律相抵触，凡有抵触，都以法律为准；在法律尚无规定，其他法规作了规定时，一旦法律就此事作出规定，则法律优先。(3) 法律保留原则。凡属于宪法、法律规定只能由法律规定的事项，则或者由法律规定，或者经法律明确授权，由行政机关在其新制定的行政规范中加以规定。

第二，过程性控制，即行政行为阶段的程序控制。现代行政法上法律标准的模糊化，自由裁量权的扩张，使规则控制方式的作用大大削弱。它不得不使人们把注意力转到行政行为的过程上，即从行政程序方面来协调自由裁量与法律控制的关系。

过程性控制的基本特点是：从行政行为过程着眼，侧重于行政程序的合理设计，行政主体的适用技术是以正当程序下的行政决定为特征的，权力的理由通过相对人的介入和行政主体共同证成的，通过合理的行政程序设计来实现行政权力的目的。过程性控制具有适应时代发展变化和不同民族、地域差异的时空兼容性等优点，不仅符合近代自由主义社会条件，也适应现代福利主义社会条件。因此，用过程性控制弥补规则性控制之不足成为当代行政法发展的主流。

过程性控制能否有效发挥作用，与行政程序是否正当密切相关。正当的行政程序至少应符合如下标准：(1) 相对人的程序性权利在行政程序中得到承认和保障。如果相对人的听证权、辩论权、回避权、知情权等没有在行政程序中得到承认和保障，那么这种行政程序就不是正当的程序。(2) 行政主体的权力与行为受行政程序控制。(3) 行政效率的考虑以不损害相对人合法利益、不违背公正的最低要求(听取对方意见与必要的回避)为前提条件。(4) 能确保行政主体从相对人实体权利角度来考虑问题。基于此，行政程序基本制度的设计应涉及以下权利义务关系：行政主体进行取证的义务——相对人听证权；行政主体告知信息义务——相对人知情权；行政主体兼听意见的义务——相对人辩论权；行政主体排除偏见的义务——相对人(申

请)回避权。

第三,补救性控制。补救性控制即由法院对行政行为包括具体行政行为和抽象行政行为进行司法审查。补救性控制的意义和作用在于通过受理相对人的起诉,促进行政机关依法行政,来保障和补救相对人的合法权益。司法审查之所以必要,乃在于行政机关可能有不守法的时候,行政系统内部有不能自我约束的时候。没有司法审查,相对人的自由和权利就缺乏保障。司法审查不仅在其实际应用时可以保障相对人的权益,而且由于司法审查的存在对行政人员产生一种心理压力,可以促使他们谨慎行使权力。[①] 由于司法审查以"不告不理"为原则,非因诉方、控方请求不作主动干预,因而司法审查是一种被动的控权方式。

第四,自治性控制。自治性控制即通过将民事意思自治延伸到行政管理领域的方式如行政合同、行政指导,以增进行政主体与相对人相互的意思沟通,减少权力的强制因素,让相对人有较自由的选择性和自决性。行政合同是最典型的自治性控制方式。行政合同对行政权力的控制主要表现在:(1) 要求政府平等对待相对人,把契约的平等精神引入行政领域,让相对人在与政府地位平等的前提下商议行政目标,使行政减少不平等与特权性的因素;(2) 要求政府尊重相对人的意志;(3) 要求政府重视相对人的权利;(4) 要求政府有信用和责任感。

第五,内部性控制,即行政系统内部的专门控制。行政系统内部设立专门化的机构,它可以经常地审查和监督行政机关的管理和组织行为,具有一定的有效性。专门化控制方式的优点是从行政机关内部进行专门的监督,有专门性和技术性,行政内部机构对行政机关业务运行情况有深入了解,所以执行得好会是一种强有力的控制方式。但这种控权方式缺乏法治所要求的权力分工与制约机制,不具有法治特征,与"自己监督自己"没有实质性差别,当深究自己错误的时候,难免存在忍痛而不能割爱的心态。

第六,合理性控制。合理性控制是因应行政自由裁量权的扩张而

① 王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社 1995 年版,第 566 页。

产生的控权方式。这种控权方式不仅表现在规则设定阶段的控制、行为程序阶段的控制，还表现在补救性控制以及其他控制方式之中。合理性控制是法律综合控权方式最高层次的控制方式，因为它是最体现实质正义的、最合乎人间伦理的、离形式倾向的法律最远的，因而是最为复杂的控制方式，是综合控权方式中最为综合的一种形态。

自由裁量权的扩张，使滥用权力的可能性与日俱增，法治与自由裁量权的紧张关系越来越严峻。在立法机关忽略授权所带来的弊端的同时，制度的设计原则要求法律关注权力的授予与制约间的关系，只有授权而没有控权的制度不是优良的制度。司法机关尽管需要服从立法机关，但是当立法机关忽略授权所带来的行政专断和滥权问题时，司法机关应当负责解释立法机关的立法意图与立法精神，法院在这方面的任务就是判断行政机关是否滥用自由裁量权，是否违背立法意图与立法精神，从而控制行政权力，维护法治原则。

如何对行政权力进行合理性控制，立法对此无能为力，司法机关也无法提出具有可操作性的指导规则。因此，这个问题的有效解决只有依赖于制度的合理设计，通过制度设计来最大限度地保证不合理的行政行为得到严格的司法审查，这包括两项基本制度，即判例法制度和陪审团制度。

上述六种控权方式各有其特点和优势，因此，这些控权方式不是孤立地被运用，而是相互交叉、相互结合、相互渗透的。各种方式综合运用就能体现事前与事后结合、静态与动态结合、强制与自由结合、权利与权力结合、内部与外部结合的优越性。

三、经济法学上的干预政府论

“经济法是调整需要由国家干预的经济关系的法律规范的总称。”① 作为法的体系中的一个新兴法律部门，经济法必须担负起控制政府经济权力的重任。经验表明，在政府对经济活动进行干预的过程中，政府并非始终扮演着维护社会整体利益的“道德人”角色，在很

① 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，成都：四川人民出版社1995年版，第198页。

多情况下，政府往往是基于“经济人”的角色行事的，即政府在干预经济运行的过程中，也会同“经营者”一样追求自身利益的最大化。因此，“政府干预并不是完美无缺的，它会（几乎是肯定的）滋生浪费和无效率”。[①] 为了防止政府滥用权力，必须对政府的经济权力进行控制。经济法如何实现其控权功能，近年来经济法学者对此进行了探索。西南政法大学李昌麒教授认为，经济法必须从干预程序、干预方法、干预领域和干预方面、干预责任等四个方面对政府干预经济的行为进行具体规范。[②] 中南财经政法大学吕忠梅教授等认为，经济法应根据政府经济行为及其法律关系的特点，对政府经济行为的来源、政府经济行为的限度、政府经济行为的方式、政府经济行为的手段、政府经济行为程序及政府经济行为的后果等六个环节予以控制。[③] 本书以李昌麒教授所论述的四个方面为基准，将经济法学上的干预政府论的主要内容概括如下：

第一，对政府经济权力范围的规范。对政府经济权力范围的规范，就是通过经济法立法的方式对政府干预经济的限度进行界定。“这是国家干预法治化最实质的部分。”[④] 为此，首先必须实现政府与企业、市场与社会的经济性分离，合理划分政府的经济管理职能，为政府经济行为的法律规范奠定明晰的体制基础。其次，必须分清公共产品领域与市场产品领域的关系。由市场解决市场物品的问题，由公共选择解决集体物品的问题。进行公共选择的政府行为应当做那些单靠个人或市场机制作用完全做不到或无法做好的事情。然后，通过经济法立法的方式对政府经济权力的来源、行使范围和实施主体等问题进行规范。政府经济管理权的行使要遵照政府职权法定和“凡未授权即禁止”的一般原则，政府经济权力行为必须以法律明示授权为

---

① 〔美〕斯蒂格利茨：《政府为什么干预经济》，北京：中国物资出版社 1998 年版，第 97 页。

② 李昌麒：《论市场经济、政府干预和经济法之间的内在联系》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第 1 卷，北京：北京大学出版社 2000 年版，第 80—86 页。

③ 吕忠梅等：《规范政府之法——政府经济行为的法律规范》，北京：法律出版社 2001 年版，第 209—216 页。

④ 李昌麒：《论市场经济、政府干预和经济法之间的内在联系》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第 1 卷，北京：北京大学出版社 2000 年版，第 85 页。

依据，不得借调控之名滥加干预。

第二，对政府干预经济的手段和方式的规范。政府干预手段与干预方式应以不损害市场运行的基本规则和不损害市场自身组织功能的充分发挥为前提。政府干预经济的手段除传统的行政手段以外，还应注意采用一些建立在平等协商基础上的柔性而非强制性的手段，如行政指导、行政契约、行政计划（指导性、非拘束性计划）等。政府干预经济的方式应以宏观性与间接性为主。

第三，对政府经济行为程序的规范。所谓对政府经济行为程序的规范，即政府行使经济管理权必须遵循既定的程序。“政府的干预行为，绝不是政府首长的随意行为，而是在法律规定的程序范围内的政府行为，既包括抽象的政府行为，又包括具体的政府行为。”“干预程序的法定化，其根本目的在于实现干预的民主化和科学化，以便减少乃至杜绝干预权的滥用。”①

第四，对政府经济行为后果的规范。对政府经济行为后果的规范包括三方面的内容②：一是对行为后果的监督，即检查、监督政府经济行为的效果，以便正确判断经济形势；二是对行为后果的矫正，即当行为后果非理想化时，政府应当采取哪些措施来纠正或挽回局势，修正行为；三是因行为后果引起的法律责任，即造成不利后果的政府责任人应承担何种法律责任。

四、小结

宪法学上的控权论、行政法学上的控权论及经济法学上的干预政府论都是基于部门法的视角，即从部门法的构建与完善的角度，就本法律部门（宪法、行政法与经济法）如何对公共权力进行控制而作出的基础理论方面的探究，因而三种理论从学科意义来说具有相对独立性，彼此之间并不能相互替代。然而，不管是宪法学上的控权论

① 李昌麒：《论市场经济、政府干预和经济法之间的内在联系》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第1卷，北京：北京大学出版社2000年版，第80—81页。

② 丁焕春：《论对政府经济行为的法律调控》，载《法治和社会经济发展国际学术讨论会文集》，中国人民大学出版社1996年版，第155页。转引自吕忠梅等：《规范政府之法——政府经济行为的法律规范》，北京：法律出版社2001年版，第216页。

还是行政法学上的控权论，抑或是经济法学上的干预政府论，它们都是围绕一个中心，即围绕如何通过法律手段控制公共权力尤其是行政权力的滥用，保护公民权利和社会整体利益而衍生出来的。因此，它们在适用对象上具有一致性，即它们统一于行政权力的法律控制这样一个在公法上具有核心意义的命题。正因为它们的适用对象是同一的，所以上述理论所概括的控权手段具有某种程度上的趋同性。当然，各部门法所调整的社会关系的性质不同，立足于部门法特色基础上的控权理论的内容也各有侧重，从而使每一种理论不可避免地带有因部门法本位而引致的对建构行政权力法律控制体系指导作用上的局限——任何单一控权理论都不能指导完整的行政权力法律控制体系之构建。因此，对行政权力的法律控制制度的构建需要上述三种理论的同时指导。惟有如此，才能构建完善的行政权力法律控制体系。

依据上述控权理论的要求，对行政垄断进行法律控制需要建立一个以宪法为龙头、以各种实体法和行政程序法为核心、以诉讼法为补充的法律体系。在这个法律体系中，宪法具有至关重要的意义，这并不仅仅是因为宪法在一国法律体系中具有根本法的地位，而是因为有些从源头上控制行政垄断的举措如对政府权力的界定、中央政府与地方政府权限的划分等等须由宪法予以规范。更重要的是，其他许多行政垄断法律控制制度的构建与实施如规则性控制制度的建立与实施、补救性控制制度的建立与实施都必须以权力分立和制衡机制获得宪法上的承认与保障为前置条件。如果立法、行政、司法未获分立或虽已分立但彼此间并没有约束，则不管是规则性控制还是补救性控制都将如同现行的某些法律如破产法一样流于形式。当然，强调宪法在行政垄断法律控制体系中的地位与作用，并不意味着该体系中的其他法律对行政垄断的控制就无关紧要。由于宪法仅仅为控制行政垄断奠定制度框架，因此它对具体行政垄断案件的控制作用是极其有限的。行政垄断法律控制体系要真正发挥作用，其他实体法和程序法都不可或缺，尤其是在权力分立与制衡这一宪法制度缺失的情况下，其他某些法律在行政垄断法律控制体系中的作用将更显突出。

第二节 协商合作制——行政垄断法律控制体系之核心制度

一、建构行政垄断法律控制体系之现实困境与制度创新

（一）建构行政垄断法律控制体系之现实困境

前文从理论层面就如何构建行政垄断法律控制体系，即应然的行政垄断法律控制体系进行了探究。行政垄断法律控制体系由应然状态向实然状态转化，还需要相应的条件。那么在我国，促使这种转化的条件是否已臻成熟呢？对此问题，必须作出回答。

只有把握了行政垄断法律控制体系由应然状态向实然状态转化的必要条件，才能对现实世界是否已然具备了那些条件进行考量。行政垄断法律控制体系由应然状态向实然状态转化究竟需要哪些必备条件呢？从逻辑上分析，行政垄断法律控制体系之建构与国家法治建设具有局部与整体之辩证关系，因此，行政垄断法律控制体系之建构须以"法治国"的形成为前置条件。从内容上考察，行政垄断法律控制应然体系的具体内容与法治建设的内容密切相关，两者相互耦合。基于以上两点认识，作者就从考察我国是否具备实现法治所必需的条件这一角度，来审视行政垄断法律控制体系构建之现实条件。

关于法治的生成条件，一位在中国法学界颇有影响的美国法学家昂格尔，提出了一个比较简约的理论分析框架。昂格尔认为，法治的形成得益于两种历史条件。第一种条件是存在一种自由主义社会或多元集团社会。在这样的社会，"没有一个群体控制所有其他群体对自己的忠诚和服从。因此，设计一种具有如下特点的法律制度就成为十分重要的事情了，这种法律制度的内容应当调和彼此利益的对立，其程序则应当使几乎每个人认为服从这一程序符合自己的利益，而不管他偶然寻求的目的是什么。"① 第二种条件就是存在一种广泛

① 〔美〕R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，南京：译林出版社 2001 年版，第 66 页。

流传的自然法观念。这种观念具有习惯法的某些特点，又与习惯截然不同。“它能够提供一种用于评价国家法和限制政府权力的普遍性准则。”[①] 这两种条件必须有机地结合在一起，单有一个条件，或虽两个条件都具备，但不能结合在一起，都不足以造成一种法律秩序。昂格尔认为，只有欧洲才出现了两种条件相互结合的局面，在其他文明形态如古代中国，虽然也发现了某种导致多元集团产生，导致某种超验的世界观的社会变化，但这两种因素并未结合在一起。因此，法治产生于欧洲，却没有在其他文明形态中出现。[②]

昂格尔的分式范式乃至分析结论，赢得了我国法理学界许多学者的认同。自“依法治国”方略确立之后，一批致力于推进中国法治建设进程的中青年学者，根据昂格尔确定的分析范式，对我国是否具备实现法治所需的必要条件进行了考察，特别是对其文化层面进行了全方位审视。得出的基本结论是：中国传统人文精神中缺乏法治赖以发生的“基因”。原因在于：(1) 中国的人文精神，从本性上讲，不是一种超验的、独立的和纯粹精神，而是实用的、功利的、从属于世俗政治权威的“伦理精神”或“政治精神”；(2) 中国的人文精神中缺失了西方人文精神中的理性因素，而法治正好是理性的产物；(3) 中国的人文精神注重群体精神和社会人格的塑造，而缺乏对个体价值的关注，而法治关怀的重心却往往是具体的个人。因此，当代中国社会的精神底蕴，“既不存在类似西方法治构建时所具有的人文精神根基，也未形成足以支撑法治大厦的新的人文精神基础”。中国的法治“仍然未能摆脱一种‘无根’栽培的困境”。[③]

关于中国是否出现了昂格尔所说的法律秩序所需的第一种局面，即是否存在一种多元主义社会或多元集团社会，法学界相关著述不多。一位政治学学者的研究为我们提供了这方面的宝贵资料。在

---

① 〔美〕R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章，周汉华译，南京：译林出版社2001年版，第73页。

② 同上书，第82—83页。

③ 汪太贤：《论中国法治的人文基础重构》，载《中国法学》2001年第4期。相关论述还可参看沈国明：《市场经济？化精神？法治的实现》，载刘海年等主编：《依法治国，建设社会主义法治国家》，北京：中国法制出版社1996年版。

对当代中国社会阶层的分化进行系统研究之后，这位学者指出："在中国的阶层分化过程中，虽然已经出现了日益明显的利益差别和利益竞争，但在社会政治领域中不存在明显的社会阶层'利益集团化'趋势，利益表达的群体化倾向也不明显。"这是与西方社会中的"利益集团政治"不同的。[①] 根据这位学者的研究结论，我们可以推断，昂格尔所说的法治实现的第二个历史条件在现代中国尚未成熟。至此，中国是否具备了法治所需的条件，行政垄断法律控制体系由应然状态转化为实然状态的条件是否已经具备，答案已了然若揭。

法治条件不具备，意味着行政垄断法律控制体系所需之权力分立与制衡机制、对行政垄断的补救性控制制度即司法审查制度难以建立或完善。因为，"分权制衡与法治是在一定程度上相互重叠、互为因果的。立法机关制衡行政机关的其中一个主要方法，便是制定法律——对行政机关有约束力的法律，要求行政机关遵守和执行。从这个角度看，法律及法治原则（在这里或可称为'宪治'原则——宪法是最根本的法律，确定政府架构及对政府权力作一般性的规范）是制衡行政权力的工具。但法律的解释和应用及法治原则的实践，仍有赖于独立公正、不偏不倚的司法机关，而司法机关独立于行政及立法权，正是分权制衡的重要环节。"[②] 由此，行政垄断法律控制体系之构建遇上了无法逾越的基础性难题。

除基础性难题之外，行政垄断法律控制体系相关具体制度之构建，还会遇上一些因人之知性的有限性而导致的能力方面的困难。如果我们决定着手建构行政垄断的规则性控制制度，这样的困难将会立即呈现于眼前。在寻求应对行政垄断的具体措施时，几乎所有学者都赞成如下观点：实行政企分离，即政府的事情政府管，企业的事情企业管。道理虽然不错，但在现代社会，特别是经济逐渐全球化、一体化的社会，政府与企业间的关系已不像亚当·斯密时代那样泾渭分

① 朱光磊：《当代中国社会各阶层分析》，天津：天津人民出版社 1998 年版，第 623 页。

② 陈弘毅：《法治、分权、资本主义与香港前途》，载《香港法律与香港政治》，香港广角镜出版社 1990 年版。转引自孙笑侠：《法律对行政的控制——现代行政法的法理理解》，济南：山东人民出版社 1999 年版，第 20—21 页。

明，政府的事情与企业的事情有时很难截然分开。也许这还不是最困难的，因为从理论层面上，对政府与企业间的关系进行界分并非不可能，但要将政府与企业间的关系形诸于法律（规范），就绝非易事。不仅在中国如此，在其他国家也一样。我国著名行政法学者王名扬教授，在解释立法机关为什么要授予行政机关一定的甚至是尽可能广泛的自由裁量权时，曾阐述了六点理由：第一，现代社会变化迅速，立法机关很难预见未来的发展变化；第二，现代社会极为复杂，行政机关必须根据具体情况作出具体决定，法律不能严格规定强求一致；第三，现代行政技术性高，议会缺乏能力制定专业性的法律；第四，现代行政范围大，国会无力制定行政活动所需要的全部法律；第五，现代行政开拓众多的新活动领域，无经验可以参考，行政机关必须作出试探性的决定，积累经验，不能受法律严格限制；第六，制定一个法律往往涉及不同的价值判断，从理论上说，价值判断应由立法机关决定，然而由于议员来自不同的党派，议员的观点和所代表的利益相互冲突，国会有时不能协调种种利益和综合各种观点，得出一个能为多数人接受的共同认识。① 这六点理由的核心就是立法机关没有能力应对现代社会日益膨胀的对行政的需要。显然，要在政府的事情与企业的事情之间立一块“井水不犯河水”的界碑，决非“易如反掌”之事。

（二）制度创新——走出建构行政垄断法律控制体系困境之根本出路

建构行政垄断法律控制制度所面临之如上困难，似乎使人陷入了一种进退两难的境地：行政垄断必须控制，而控制行政垄断的法律体系又难以建立。其实，这种理想与现实相冲突的困境并非在建构行政垄断法律控制体系时才出现，在我国现代化建设过程中有无数这样的困境。经验表明，走出这种困境的惟一出路，就是进行制度创新。

制度创新必须从中国的实际情况出发，必须从本土资源中找出支撑行政垄断法律控制制度之根基。当前，学界在探讨应对行政垄断的举措时，倾向于根据外国的反垄断立法模式来构建中国的行政垄断控制制度。如关于我国应建立独立的、有权威的反垄断机构的主

① 王名扬：《美国行政法》，北京：中国法制出版社1995年版，第546—547页。

张，就直接渊源于美、日等国的反垄断经验。作者不反对从国外学习、借鉴对我国法制建设有价值的经验。但是，“我们的现代化建设，必须从中国的实际出发……照抄照搬别国经验、别国模式，从来不能得到成功……走自己的路，建设有中国特色的社会主义，这就是我们总结长期历史经验得出的基本结论”。[①] 这一基本结论对中国的法制现代化建设同样具有理论上的指导意义。中国的法制现代化完全可以利用发展经济学家所说的“后发”优势，移植别国经过几百年建设起来的先进法律制度，这是毋庸置疑的。但同时我们必须理性地认识到，法律移植对中国法制现代化建设的作用是有限度的。我们能够移植的只是别国先进的法律规则，而法律文化与法律精神是不能被移植的。正因为如此，许多著名法学家都强调，法律必须与本国的具体情况相适应，必须体现本民族的精神。如孟德斯鸠就曾说过：“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合该国人民的；所以如果一个国家的法律竟能符合另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”“法律应该同已建立或将要建立的政体的性质和原则有关系；不论这些法律是组成政体的政治法规，或是维持政体的民事法规。”“法律应该和国家的自然状态有关；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性质、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。”[②] 黑格尔也曾说：“历史对一个民族永远是非常重要的，因为他们靠了历史，才能意识到他们自己的法律、礼节、风格和事功上的发展行程。法律所表现的风格、礼节和设备，在本质上是民族生存的永久的东西。”[③] 基于这种洞见，我国学者苏力先生也提出了“中国的法治之路必须注重利用中国本土的资源，注重中国法律文化的传统和实际”[④] 的主张。

中国传统人文精神有利于人治，而不利于法治。但这并不等于说，中国的传统人文精神与法治就如同水火。我国法理学界的学者，

① 《邓小平文选》(第三卷)，人民出版社 1993 年版，第 2—3 页。

② 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》(上册)，北京：商务印书馆 1961 年版，第 6—7 页。

③ 〔德〕黑格尔：《历史哲学》，转引自汪太贤，艾明：《法治的理念与方略》，北京：中国检察出版社 2001 年版，第 169 页。

④ 苏力：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社 1996 年版，第 6 页。

在对中国传统人文精神或传统法律文化与中国法治建设的关系进行深入研究后指出，中国传统人文精神或传统的伦理法文化中仍然存在许多对法治有价值的因素。公丕祥教授认为，“尽管传统中国的法律伦理主义系统中确实存在着与现代法律精神相悖的因素，但它的价值意义依然是很明显的。这至少表现在三个方面：其一，作为法律伦理主义之本体根据的‘仁’的概念，具有突出人的主观自由精神的深刻意味……在从传统法律向现代法律历史转型的过程中，这种高扬人的主体精神的法律伦理主义，对于建构现代化的法制无疑是一种宝贵的资源，可以而且应该内化为相应的规范与制度……其二，传统中国的法律伦理主义是一种特别注重秩序的理性主义，摈弃这种秩序要求的本体基础(确证宗法社会秩序的合法性与权威性)，承继有机的社会秩序观念及其合理的规范选择模式，这依然是时下正在展开的法制现代化运动的内在需求……其三，传统中国法律伦理主义系统中的群体意识在一定条件下，能够与现代法制相耦合，进而成为推动中国法制现代化的观念杠杆。”[①] 汪太贤教授认为，下述传统人文精神经过“创造性的转化”之后可以作为我国现代法治的精神资源：(1) 传统人文精神中表达对人的价值和地位崇高关怀的“人为至尊”、“以人为贵”、“民贵君轻”等思想经过现代转化之后，能成为我国法治终极关怀的依据。(2) 传统人文精神中所隐含的朴素的自由平等思想，有助于法治的价值目标的确立。(3) 传统人文精神对人“德性”的要求——“内圣”，对于法治并非没有积极的意义。因为尽管法治是“他律”的基本方式，但与“自律”是相辅相成的。(4) 儒家所提倡的仁、义、礼、智、信，与现代法治精神不仅不相矛盾，反而还具有一定的契合性，如果将其经过现代转化之后进行现代诠释，赋予新的时代内容，对我们法治或法律的原则、价值准则的确立和实施会产生积极的影响。[②] 既然中国传统人文精神或传统法文化中具有中国现代法治所需的精神养料，那么，我们就应该创设一种能将本土法资源与现

① 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，北京：中国政法大学出版社 1999 年版，第 194—197 页。

② 汪太贤，艾明：《法治的理念与方略》，北京：中国检察出版社 2001 年版，第 172 页。

代法治相“耦合”的新型行政垄断控制制度。

二、协商合作制——行政垄断法律控制体系之核心制度

根据行政垄断的成因和我国几千来形成的宝贵的本土资源，结合现代法治改革的理想模式等，作者提出以下观点：以恒常化的协商合作制为核心制度，构建行政垄断法律控制体系。这一观点的基本内容是，行政垄断法律控制体系各项法律制度的创设、完善或内容，应遵循协商合作的原则或体现协商合作的精神；控制行政垄断的主要法律制度应尽可能建立一种恒常化的协商合作机制，以整合引致行政垄断的利益冲突。这样的协商合作机制既可以是一种决策机制，也可以是一种争端解决机制。作为一种决策机制，其基本功能就是，让与政府决策有利害关系的各方如与区域经济政策有利害关系的各地方政府、与产业政策有利害关系的各政府部门或地方政府、与公共产品定价有利害关系的消费者和企业等参与政府决策，给利害相关方提供一种了解对方利益、主张自身利益的机会，使他们在一种信息基本对称的条件下进行博弈，以实现国家利益、集体利益、个人利益的平衡。作为争端解决机制，其基本功能就是在现实中已然发生既不宜通过诉讼机制解决，也不宜经由行政命令消解的行政垄断的情况下，为发生利益冲突的各方提供一条恒常化、制度化的对话通道，即通过对话或通过相关机关的调解达到消解行政垄断之目的。

通过协商合作方式解决行政垄断的观点并非作者首倡。在经济学界，一些研究中央与地方经济关系及研究区域经济关系的学者，曾提出过通过协商合作解决地区封锁的主张。这种主张的基本理论依据与论证路径如下：地区封锁是一种类似于“囚徒困境”的博弈，解决“囚徒困境”的惟一办法就是两个囚徒能相互合作，由此，解决地区封锁的办法也是建立协商合作机制。

“囚徒困境”是博弈论中一个著名的分析模型。该模型假定有两个囚犯：甲和乙，他们在作案时被警察当场抓住。由于罪犯甲和乙在作此案前，还一起作了不少案，如果数罪并罚，他们将被判处 5 年的监禁。不过，如果罪犯自己不交代，警察就没有足够的证据，就只能根据既有的证据判罪犯 1 年的监禁。为了使罪犯得到应有的惩罚，警察

把两个囚犯隔离审查,并告知他们,抗拒从严,坦白从宽,揭发有功者还有奖。这时,两个囚犯就陷入了是交代还是不交代的困境。聪明的囚犯分析了可能的选择和可能得到的策略组合,并画出了如下表格:

		囚犯甲	
		不坦白	坦　白
囚犯乙	不坦白	A(−1,−1)	B(−8,0)
	坦　白	C(0,−8)	D(−5,−5)

A、B、C、D 代表囚犯甲和乙可能作出的策略组合,括号内的数字前项代表囚犯乙作出选择后可能得到的惩罚或奖励,后项代表囚犯甲作出抉择后可能得到的惩罚或奖励。表格表明,在既定奖惩制度下,如果囚犯甲和囚犯乙均不坦白过去的罪行,那么警察只能根据现有的证据判监禁一年;如果囚犯甲和乙均坦白过去的罪行,那么根据数罪并罚和坦白从宽的原则,他们均被判监禁五年;如果甲坦白,而乙不坦白,那么根据坦白从宽、抗拒从严的原则,甲检举有功,免予起诉,乙从严处罚,判处八年监禁;如果乙坦白而甲不坦白,那么甲将被判处八年监禁,而乙免予起诉。显然,对于囚犯甲和囚犯乙来说,最好的选择是两个人都不坦白,各被判监禁一年。然而实际发生的情况是,因两个囚徒无法合作,都选择了坦白交代,结果各被判了五年监禁。

"囚徒困境"模型表明,在一定条件下,当人们孤立地作出自以为对自己有利的抉择时,在实际结果上却不仅有害于社会整体,而且对人们自身而言也未必是最好的抉择。该模型所揭示的社会意义在于,社会中的人们只有相互合作,才能达到对社会及个人都有益的结果。

根据"囚徒困境"模型及如下基本假定,我国经济学者建立了一个地方政府之间的博弈结构:(1) 地方政府的施政目标是本辖区内的经济发展和人民生活福利的提高,为此目的它将选择最有利于本地区发展的策略;(2) 地方政府的选择是自主的,中央政府对地方政府的决策不发生影响;(3) 只有两个地方政府,甲和乙;(4) 地方政府的行为是对具有宏观效应的政策作出抉择,抉择只有合作和不合

作两种。如此，可将两者可能的选择及得分情况列表如下：

		地方乙	
		合　作	不合作
地方甲	合　作	A(5,5)	B(−14,8)
	不合作	C(8,−14)	D(−10,−10)

表格表明，如果地方甲和地方乙均选择合作，那么就会丧失“搭便车”而引起的发展地方经济的机会，但能够取得因合作而引起的经济发展，两项相加，它们均得到5分的发展；如果地方甲采取不合作，而乙采取合作的对策，那么地方甲就会获得独自行动而得到的发展，得10分，并分担由不合作引起的宏观经济环境变坏而导致的经济倒退，损失2分，总和发展8分；地方乙采取合作的对策，提供了合作的好处，却承担了合作的成本，并且还须分担地方甲不合作引起的成本，从而它获得的损失是14分。反之则乙获得收益8分，而甲受到损失14分。如果地方政府甲和乙均采取不合作的策略，那么两者不仅得不到合作产生的好处，而且还必须分担不合作产生的成本，均得到负10分的损失。显然，就宏观经济效应来说，最好的选择是地方甲和地方乙采取合作的策略，这样就能得到10分收益，而实际情况是，双方都采取不合作的策略，结果导致“非理性的宏观恶果”，即宏观经济效应损失20分。

基于以上分析，经济学家认为，“强化地方政府之间的合作精神，以中央政府为核心建立制度化的协调机构加强信息沟通”，是克服地区封锁的适当选择。具体的策略是，首先进行“实质性的思想政治工作，提高地方政府的公共利益观念，在公共事务上以大局为重，着重长远发展，在次序上先国家利益后地方利益。其次，使非制度化的协作关系制度化，强化地方政府之间的信息沟通，可以考虑在全国人民代表大会内部设立所有省级地方政府平等参与的专门性博弈机构，在这个机构中每个省级政府均有一票或者二票的表决权，任何具有全局性影响的决策均需要三分之二多数通过，从而尽可能争取地方政府对中央政府宏观经济调控政策的共识，避免近半数的省级政府

因反对现行宏观调控政策而在执行过程中采取‘上有政策，下有对策’的不合作态度。”①

协商合作制虽然是经济学界提出来的控制地区封锁的举措。但论者认为，这种举措对于控制其他行政垄断形态如部门分割、强制联合限制竞争甚至是强制交易也同样适用。同时本书认为，协商合作制不仅有经济学上的依据，而且有宝贵的本土法资源支撑，在政治学、法学理论中都能找到相应的理论依据。

（一）协商合作制有宝贵的本土法资源支撑

中国传统法律文化中有强烈的群体意识或“集体本位”观念。尽管这种意识或观念缺乏对个体价值的关注，使人们对自己主体性地位的本能追求——自由权利精神无法形成和张扬，使以保障自由权利为宗旨的法治不能生成。② 但这种群体意识与“集体本位”观念，“强调个体在社会系统中的特定身份与角色，这就在一定程度上揭示了人的社会化之客观规律……有利于培养人的社会感，而人的社会感恰恰是走向现代化的法制所不可或缺的。因为现代法制不仅要注重人的独立自由和自由选择，而且要追求社会公正或社会正义。传统中国法律伦理主义系统中的群体意识在一定条件下，能够与现代法制相耦合，进而成为推动中国法制现代法的观念杠杆”③。行政垄断是一种在个体利益（个人利益、地方利益、部门利益）获得合法承认而相关法律制度尚未建立或完善的条件下，个体利益损害集体利益（社会整体利益）的行为。协商合作制的根本价值或目标，乃在于在承认个体（个人、地方政府或政府部门）合法利益的前提下，确保社会整体利益不致因个体利益的张扬而受到减损，实现社会整体利益与地方利益、部门利益、个人利益的平衡。这种制度与中国传统法律文化中根深蒂固的群体意识或“集体本位”观念是一脉相承的，是一种比较

---

① 谢庆奎等：《中国地方政府体制概论》，北京：中国广播电视出版社 1998 年版，第 344—357 页。类似论述还可参见张可云：《区域大战与区域经济关系》，北京：民主与法制建设出版社 2001 年版。

② 汪太贤，艾明：《法治的理念与方略》，北京：中国检察出版社 2001 年版，第 162—163 页。

③ 公丕祥：《法制现代法的理论逻辑》，北京：中国政法大学出版社 1999 年版，第 196 页。

符合中国国情的制度。更重要的是,协商合作制并非纯粹的“集体本位”,它并不像古代封建社会的“集体本位”制那样,为了国家(君主)利益而压制甚至否定个体利益,而是一种“耦合”社会整体利益与个体利益,力图使社会整体利益与个体利益都实现最大化的双向“集体本位”,即“国·民本位”制[①]。因此,它将更容易为社会所接受。

(二)协商合作制有政治学理论的支持

协商合作制在政治学上的理论依据是法团主义。法团主义(corporatism),或译为“合作主义”、“统合主义”,是20世纪70年代形成于欧洲的用以解释国家与社会间关系的一种政治学理论思潮。作为一种意识形态,法团主义与自由主义相对立。法团主义认为,自由主义破坏了社会联合的纽带,促进了社会分裂,它使得追寻自我价值的个体避免承担任何更高的道德责任,使人方便地离开了道德、社会和责任的约束。[②] 法团主义关注的核心问题是:如何使社会不同利益得到有序的集中、转输、协调和组织,并用各方同意的方式进入体制,以便使决策过程有序吸收社会需求,将社会冲突降低到不损害秩序的限度,确保“社会公正”和“民族利益”。

法团主义的主要理论观点包括:(1)国家具有重要地位,它合法参与经济决策,主导工业发展方向;而社会参与则以行业划分的功能团体形式,它们相互承认对方的合法性资格和权利,并相互协商制定有关决策。(2)法团主义政制的中心任务,是有序地将社会利益组织、集中和传达到国家决策体制中去,因而它主张促进国家和社会团体的制度化合作。(3)获批准的功能团体对相关的公共事务有建议、咨询责任,同时在决策完成后有执行的义务,它还应把本集团成员很好地组织起来,限制他们的过激行动。(4)获批准的功能团体数量是限定的。(5)不同团体间是非竞争关系。(6)每个行业内的不同代表组织以层级秩序排列,这反映了它们与国家接近的机会和距离。(7)功能团体在自己的领域内享有垄断性代表地位。(8)作为交换,对功

---

① 赵震江主编:《法律社会学》,北京:北京大学出版社1998年版,第537页及以下。

② P. J. Williamson. Varieties of Corporatism: A conceptuas Disscusion. Cumbridge University Press. 1992. 转引自张静:《法团主义》,北京:中国社会科学出版社1998年版,第166页。

能团体的若干事项,国家应有相应程度的控制。[①]

法团主义还认为,社会主义社会的社会结构如果发生变化,很容易支持法团主义的生长,因为法团主义结构在变迁中有能力继续保持传统利益格局的均衡,它可继续原有体制的路径,由部门结构表达共同利益,并通过这些团体的双重地位求得自我发展,法团结构可以将转型的冲突和曲折减少到最低限度。[②]

法团主义的上述观点,为建立协商合制解决行政垄断问题提供了重要的理论依据。尽管法团主义思潮赖以产生的背景性条件——"经过权利结构分化、充满冲突、需要协调整合的结构"在中国并未凸显,但地区封锁、部门分割等行政垄断的出现表明,利益分化与利益冲突已在中国露出冰山之一角,并已然影响了"社会公正"与"民族利益"。因此,建立恒常化的协商合作制度解决行政垄断问题,不仅有本土资源的支持,而且与法团主义关于"促进国家和社会团体的制度化合作","使社会不同利益得到有序的集中、转输、协调和组织","将社会冲突降低到不损害秩序的限度,确保'社会公正'和'民族利益'"的主张是一致的。

(三) 协商合作制有法学理论的支持

协商合作制在法学上的理论依据主要是美国法学家关于现代社会法律变革理想模式的相关论述。1978 年,美国伯克利学派的两位学者诺内特和塞尔尼兹克在他们合著的《转变中的法律与社会——迈向回应型法》一书中,对现代社会法律变革的目标模式进行了展望。这种展望建基于对既往法律的特性与缺陷的分析之上。

诺内特和塞尔尼兹克将法律现象分为"压制型法"、"自治型法"、"回应型法"三种类型。压制型法以法律与政治紧密结合、官方自由裁量权蔓延为表征,因而必然会导致阶级性正义和对特权者的维护,阻

① 张静:《法团主义》,北京:中国社会科学出版社 1998 年版,第 24—25 页。

② Anita Chen, Revolution of Corporatism? Workers and Trade Unions in post-Mao China. Australian Journal of Chinese Affairs, No. 29. 1993; Jonathan Unger and Anita Chen, China, Corporatism and East Asian Model. The Australian Journal of Chinese Affairs. No. 33. 1995. 转引自张静:《法团主义》,北京:中国社会科学出版社 1998 年版,第 155—156 页。

碍独特法律制度的形成。为了弥补压制型法之缺陷，控制率性不羁的国家强制力，自治型法应运而生。自治型法主要有以下几个属性：(1) 法律与政治分离，立法和司法之间泾渭分明。(2) 法律秩序采纳"规则模型"。(3) 程序是法律的中心。法律秩序的首要目的和主要效能是规则性公平，而非实质正义。(4)"忠于法律"被理解为严格服从实在法的规则。[①] 自治型法能够约束统治者的权威和限制公民的义务，同时也鼓励了一种助长对法治侵蚀的批判态度。其长期效应就是"把一种变化的动力注入法律秩序，并形成对法律灵活回应各种新的问题和需要的期待"，从而形成一种比较容易接受社会影响，在处理社会问题方面也更为有效的新型法律秩序，这种法律秩序即"回应型"法律秩序。"回应型"法律秩序应有以下特征[②]：

第一，目的权威在法律推理中的作用得以加强。法律目标的普遍化是从自治转向回应的关键。目的为批判既定的做法设立了标准，从而也开辟了变化的途径。目的如能被认真对待，就能控制行政自由裁量权。

第二，目的放松了服从法律的义务，使一种较少僵硬而更多文明的公共秩序概念成为可能。因为原则和目的是批判规则的手段，所以公民的服从义务随之减少。同时，因为目的型法充满了一种"责任伦理"(在责任伦理中，"一个人不得不说明其行为的预期结果，因而也就不得不考虑多种多样的利益和相互抗衡的价值")，因而有助于文明：(1) 目的权威的不断增大势必既削弱惯例，又削弱象征体系，因而有助于从文化中清除各种地方因素；(2) 鼓励对公共秩序的危机采取一种以问题为中心的、社会协商合作的态度。

第三，由于法律取得开放性和灵活性，法律辩护就多了一种政治尺度，由此而产生的力量虽然有助于修正和改变法律机构的行为，但也有损害机构完整性的危险。义务被削弱的一个必然结果就是法律权威的更广泛地被分享，法律参与有了新的含义：它不仅变得不那么

---

① 〔美〕诺内特，塞尔尼兹克：《转变中的法律与社会》，北京：中国政法大学出版社1994年版，第60页。

② 同上书，第87页以下。

被动和依从，而且还扩大到法律政策的制定和解释，法律参与具有政治参与的一面。这种法律参与与政治参与的混合虽然鼓励了对一些新的利益的主张，但所采用的方法却是重申法律秩序的一些公认的价值。法律权威的扩散与法律参与的扩大也容易使机构更容易受到社会中各种力量不平衡的损害。

第四，法律目的的持续权威和法律秩序的完整性取决于设计更有能力的法律机构。在回应型法情况下，解决争端不再是主要关注对象，法律也不可能依靠这一过程去履行其责任。程序正义仅仅是不同义务中的一种义务和不同手段中的一种手段。这并非贬低公平和个别正义。相反，回应型法的贡献应在于诊断那些个别正义赖以产生的制度上的问题，在于重新设计那些制度上的安排。其基本原则就是纠正非法或非正义的责任不应该落在单个的权利请求者身上；相反，法律制度应该能够自我矫正。回应型法与自治型法一样，其主要理想也是合法性。但自治型法那种官僚主义模式的合法性与回应型法是不相容的。在目的型法体系中，合法性就是在实在法及其实施中不断减少专横武断。要求最大限度并切实可行地减少专横武断，就是要求一种能够超出形式上的规则性和程序上的公平而迈向实质正义的法律体系。反过来，这一要求的实现又需要一些既胜任又正当的机构。

回应型法的上述特质业已在现代法律秩序中出现。以实质正义[①]和经济民主[②]为价值取向的现代经济法，就是一种与回应型法所要求的实质正义法律体系相契合，与回应型法所要求的以社会协商合作的态度解决社会问题的精神相一致的法律秩序。因此，回应型法不仅仅是法学家的理想，而且是一种对现实具有重要指导价值的理论。

“回应型法”模型对行政垄断法律控制制度之建构极具助益。其一，与法团主义一样，回应型法为建立协商合作制解决行政垄断问题提供了重要的理论依据。回应型法的独特贡献“就是要促进公共目的的实现并将一种自我矫正的精神铸入政府管理过程”。行政垄断是一

① 史际春，邓峰：《经济法总论》，北京：法律出版社1998年版，第152—155页。

② 李昌麒，鲁篱：《中国经济法现代化的若干思考》，载《法学研究》1999年第3期。

种制度性的、具有社会整体危害性的垄断，无法单独通过诉讼机制予以解决。依回应型法的思路，解决这类问题应从诊断制度入手，应建立一种自我矫正的制度。协商合作制就是一种具有自我矫正功能的制度。其二，回应型法为如何解决抽象行政垄断问题提供了新的方法，那就是重视目的在法律推理中的作用。抽象行政垄断是借助行政规章等具有普遍约束力的文件表现出来的垄断形态，这种垄断形态具有形式上的合法性，单从规则层面对其控制将有很大的难度。如果我们重视对那些规范性文件进行目的上的考量，将使难以控制的抽象行政垄断变得比较容易处理。

（四）在我国反行政垄断实践中，大部分行政垄断案件是通过协商合作方式解决的

霍姆斯法官在他的《普通法》一书中断言："法律的灵魂从来不是逻辑，而始终是经验。"① 在我国的反垄断实践中，大部分行政垄断案件是通过协商合作的方式解决的。②2002 年 4 月，乌鲁木齐市新区人民政府二工街道办事处召集新疆啤酒集团公司（以下简称新啤集团）的 1 名厂家代表和乌苏啤酒的 3 名经销商，对其下辖的铁路局夜市啤酒销售权进行竞标，最后新啤集团以 4 万元的竞价获得夜市啤酒独家经销权。5 月 8 日二工街道办事处与新啤集团签订了《新疆啤酒经销合同》，双方约定："乙方即新啤集团为甲方管辖的铁路局夜市瓶装及生啤的惟一经销商，甲方全权负责及保护乙方的独家经销权"；"甲方确保在其管辖的范围内所有摊主的桌上只有乙方产品的展示及乙方生啤桶，确保除乙方以外的任何啤酒产品，不得进入夜市，其他啤酒厂家不得在夜市进行促销活动"。合同签订后，二工街道办事处即通知夜市内的所有经营户，只能经销新疆啤酒，不得销售其他品牌的啤酒，否则将采取相应措施。5 月 9 日，新啤集团按照合同约定将 2 万元合同预付款支付给二工街道办事处。5 月 16 日，新疆乌苏卢云啤酒有限责任公司就此事向乌鲁木齐市工商局投诉。乌鲁木齐

① 转引自〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1990 年版，第 173 页。

② 王学政：《中国反垄断立法需要深入讨论的几个问题》，载季晓南主编：《中国反垄断法研究》，北京：人民法院出版社 2001 年版，第 42 页。

市工商局认为，二工街道办事处采取所谓的竞标和合同约定的方式将夜市啤酒的经销权交给一家企业，并限定夜市经销者只能销售一种啤酒，这种行为事实上已经干预了市场中的正常竞争，超出了其正常行使权力的范畴，其直接后果是造成了市场的人为封锁，不但严重损害了经营者的合法权益，也损害了广大消费者的合法权益。乌鲁木齐市工商局将调查情况通报二工街道办事处的上级机关新市人民政府，并建议新市人民政府：(1) 责令二工街道办事处立即停止限制竞争行为，恢复夜市啤酒销售的正常秩序；(2) 撤销合同，由二工街道办事处退还新啤集团的2万元合同预付款。新市区人民政府接到工商局的行政建议书后，立即责成有关部门进行调查处理，责令二工街道办事处停止违法行为，并将处理结果告知乌鲁木齐市工商局。这是一起通过合作方式消解行政垄断的成功案例。[①]

另据孔祥俊博士介绍，黑龙江省工商行政管理机关也主要是通过协商合作方式解决了行政垄断案件的。如，1994年3月，牡丹江市工商局发现本地所辖的海林、林口、东宁三个县市封锁外地啤酒进入的现象极为严重，遂逐个县市进行调查了解，通过大力宣传，以案说法，三县市的领导表示立即纠正，责令酒类专卖部门马上停止封锁行为，将查扣的商品返回给货主。又如，1994年3月，鸡西市啤酒厂一位厂长投诉，反映七台河市、密山市和勃利县酒类专卖局自1992年12月至1993年7月间，先后采取公路设卡、对经销网点突击检查等手段没收了该厂销往这些地区的13000箱啤酒。黑龙江省工商局立即组织调查组前去调查，发现两个县市政府依据1979年省“革委会”制订的有关办法，发布了加强酒类专卖管理的“通告”，进行地区封锁。省工商局将这些地方滥用行政权力、限制公平竞争的调查情况及处理意见向省政府作了专题汇报，建议撤销两个通告，并以此为例，就全省打破地方保护、解决地方封锁问题提出了意见，代表省政府起草了《关于坚决制止商品流通中地区封锁行为的紧急通知》，同时还积极同省法制部门协商，清理和废止过时的文件，撤销了上述地区酒

---

① 杨洁：《乌鲁木齐市新市区人民政府二工街道办事处滥用行政权力限制竞争案》，载《中国工商行政管理》2001年第4期。

类专卖管理的通告，有力地推动了全省地区封锁问题的解决。黑龙江省工商行政机关之所以能在控制行政垄断方面取得如此成效，主要原因在于：(1) 紧紧依靠地方党委和政府的领导和支持；(2) 与法制、司法等部门密切配合、合作；(3) 充分发挥舆论宣传作用。[①]

第三节 行政垄断法律控制体系主要法律制度设计

行政垄断法律控制体系由许多具体的法律制度构成。这些法律制度在行政垄断法律控制体系中的地位和作用各不相同：有些法律制度着重于治标，有些法律制度则侧重于治本。同时，受各种主客观条件所限，行政垄断法律控制体系之各项法律制度很难同时建立和完善。基于此，行政垄断法律控制体系之构建，不必拘泥于治标先治本的原则，而可采取标本兼治、甚至先治标后治本、由标及本的方式，即可采取分步构建，整体推进的战略，抓住机会，成熟一个，制定一个。本节就构设、完善行政垄断法律控制体系中的主要法律制度如反垄断法、行政程序法、财税法、诉讼法与宪法的基本思路进行扼要勾勒。

一、反垄断法与行政垄断控制

反垄断法作为控制垄断的主要法律规范，应否、如何控制行政垄断是当前学界讨论得较多的问题，也是较有争议的问题。本小节将对此展开一些讨论。

(一) 行政垄断应否由反垄断法控制

关于行政垄断应否由反垄断法进行调整是有争论的，具体情况前文业已交待，在此不拟赘述。本书的观点是，行政垄断应该由反垄断法来控制。理由主要有五点：第一，反对用反垄断法控制行政垄断的理由都不充足。在本书第八章第一节中，作者曾较详细地介绍了两位博士反对行政垄断由反垄断法调整的理由。认真分析他们诉说的理由，不难发现，他们反对由反垄断法调整行政垄断的理由都不充

① 孔祥俊：《反垄断法原理》，北京：中国法制出版社 2001 年版，第 835—836 页。

足。依沈博士的观点，行政权的合法性只能依宪法和行政法予以判断，而不能依据反垄断法来判断。显然，沈博士在暗示，经济法不能对行政权的合法性进行判断。这与当前经济法学界关于经济法既是干预市场之法，又是干预政府之法的主流观点明显不符。更重要的缺陷在于，沈博士一方面断言反垄断法调整行政垄断"不符合法律理论"，另一方面又承认反垄断法对行政垄断具有"有限的适用性"，能"间接"控制行政垄断。这显然自相矛盾。薛博士强调了行政垄断与经济垄断的本质区别，而对两者的共性似有忽视，且在论述中与沈博士一样有自相矛盾之处。薛博士宣称，"因经济垄断行为而产生的社会关系和因行政垄断行为而发生的社会关系不是同一社会关系"，紧接着又说，反垄断法调整的社会关系是"法律所确认和保护的平等、公平的市场竞争关系"，"行政垄断所侵害的社会关系是从事行政垄断的行政机关和经营者及消费者之间的关系，以及宪法和法律所保护的竞争关系"。显然，行政垄断所侵害的"竞争关系"正是反垄断法所要保护的。此外，薛博士全盘否定传统反垄断法的控制方法包括停止违法行为的禁令等对行政垄断的适用性也是比较武断的。第二，在反垄断法中对行政性限制竞争行为作出禁止性规定，"有利于分清是非，划清合法与违法的界限，从而有利于促进人们思想意识的转变，特别是有利于促进各级政府部门及其领导人思想意识的转变"[①]。"在反垄断法中宣布行政性垄断为非法，并授权反垄断主管机关负责调查、提出处理意见，本身就是对经济体制改革的一种推动和促进。"[②] 第三，采用反垄断法对行政垄断进行规制，是目前最有效的方法。采用反垄断法规制行政垄断可以发挥其专门性的优势，保障反行政垄断的专业性和系统性；反垄断法实施机构的独立性，可以保障反行政垄断的有效性；反垄断法采用专门的程序和特殊的方法，能够保证反行政垄断的效率性。[③] 第四，反垄断法经过十几年的酝酿准备，相对来

---

① 王家福：《建立反垄断法是市场经济本能的要求》，载王晓晔编：《反垄断法与市场经济》，法律出版社1998年版，第305页。

② 王家福：《加快中国反垄断立法的进程》，载季晓南主编：《中国反垄断法研究》，人民法院出版社2001年版，第7页。

③ 胡光志：《行政垄断及其法律规制机理的再认识》，载《云南法学》2002年第1期。

说已比较成熟，且已经纳入了全国人大的立法规划，不久可望出台。这是用法律手段控制行政垄断的最好机会。如果失去了这个机会，对行政垄断的控制则必须另起炉灶，这将又是一场“马拉松”赛跑，需要很长时间。第五，东欧及俄罗斯等国家对行政垄断的控制，主要是通过反垄断立法与执法来实现的。所以，反垄断法不仅应该控制行政垄断，而且应该成为控制行政垄断的楔入点，成为控制行政垄断的“最重要的法律”。①

(二) 反垄断法如何控制行政垄断

反垄断法如何控制行政垄断，是学界讨论的重心，内容涉及反垄断法应否对行政垄断和经济垄断有所区别、如何确定行政垄断的控制原则、反行政垄断机构如何设置、应享有哪些职权、对行政垄断应追究何种法律责任等。现就以上问题分别作一些探讨：

1. 行政垄断与经济垄断应否区别对待。有学者主张，反行政垄断与反经济垄断不应区别对待。如史际春教授坚持，“反行政垄断要确立平等观”，反行政垄断“关键是确立经济法理念，明确政府和任何公共团体可以依法从事经济或‘民’、‘商’事活动，但是在市场关系、市场规律、公平竞争的要求面前人人平等。在从事此类活动时，它们有任何违法行为，依法该承担何种责任就承担何种责任；其经济或‘商’活动中包括着行政决定，或者通过行政决定来从事或涉及经济或‘商’行为的，千万别以‘行政’相对待，而应以调整相关经济关系的法所规定的责任或制裁形式补救之。”② 邓保同先生也认为，反行政垄断与反经济垄断应采取“同等原则”。因为，“行政性垄断和经济性垄断毕竟都是经济垄断，其具体的表现形式都是相同的，都是对竞争的限制和排斥，所以反行政性垄断和反经济性垄断可以并且有必要合并立法。在反垄断立法中，只要规定了政府行政机关在实施垄断限制竞争时与企业实施垄断限制竞争时处于同等的法律地位，同样地受反垄断法律的调整，违法时同等地接受法律制裁”，“‘同等原则’使

① 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

② 史际春：《反行政垄断要确立平等观》，载《法制日报》，2001年9月16日，第3版。

反行政性垄断问题容易解决”。[1] 而王保树教授认为，行政垄断与经济垄断有联系，也有区别，反垄断法在控制经济垄断和行政垄断时，既要注意两者的一致性，又要注意各自的特殊性。基于两者间的联系，反垄断法在表述“垄断”概念时，不必将所有实施限制竞争行为的主体罗列出来，只要概括地将所有实施垄断行为的主体包括进来就可以了，即可以将反垄断法上的“垄断”表述为“指行为人违反本法限制竞争”，在解释“行为人”时，再将经济性的主体和行政性的主体列举出来。基于两者间的差别，反垄断法的结构应反映控制垄断行为的多种类和多层次的要求，既要注意两大垄断类别的不同，又要注意在同一类别的不同垄断行为的差异。在坚持适用反垄断法传统规制措施时，必须对行政垄断采取特殊的规制措施。[2] 本书赞同对行政垄断和经济垄断予以区别对待的观点，主张行政垄断在反垄断法中应独立成章或独立成节。在该专章或专节中，既要从原则上禁止一切利用行政权力限制市场竞争的行为，也要对当前存在或以后可能出现的典型行政垄断进行列举。理由有三点：第一，我国传统上属于大陆法国家，而非普通法国家。法律规则具体、明确、细致是大陆法国家立法的特点。尽管行政垄断与经济垄断有许多共性，但两者间的差别也是明显的。这些差异应在立法中予以体现，就如同德国《反对限制竞争法》将限制竞争的行为分为卡特尔协议、卡特尔决议及联合一致的行为，纵向协议，市场支配，限制竞争的行为等一样。第二，将行政垄断与经济垄断区别对待“不仅可以使反垄断执法机构能够迅速对行政干预市场的行为作出判断，从而有利于提高办案效率，节约办案时间，而且还可以使政府及其所属部门明确是与非、合法与非法的界限，从而对其行为的后果有预见性”[3]。第三，对经济垄断采取的控制措施不能完全适用于行政垄断。这一点将在后文予以论述。

2. 反垄断法如何设定行政垄断的控制原则。反垄断法对垄断的控制有两项基本原则，即本身违法原则与合理原则。本身违法原则，

---

① 邓保同：《论行政性垄断》，载《法学评论》1998年第4期。

② 王保树：《反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

③ 王晓晔：《依法规范行政性限制竞争行为》，载《法学研究》1998年第3期。

即只要行为人实施了垄断行为如固定价格、划分市场等，则不管这种行为对竞争是否有害，法律都将视其为非法，应一律予以禁止，适用本身违法原则的垄断行为没有适用除外规定。合理原则，即行为人实施的垄断，并不必然违法，法律并不必然对其进行控制，只有该行为“不合理”地限制竞争的时候，才属于反垄断法控制的对象。控制行政垄断究竟采取本身违法原则，还是合理原则，学界有两种相反意见。一种意见认为，行政垄断有合理行政垄断与不合理行政垄断之分，并非所有的行政垄断都应被法律所禁止，对于合理的行政垄断应该将其纳入反垄断法适用除外范围之列。[①]另一种意见认为，“行政垄断本来就是滥用行政权力的行为，其本身就具有严重的违法性，与社会主义法治的根本精神是相抵触的，即使经反垄断执法机关考量，也不会被许可为‘合法’，因而不可能成为‘适用除外’对象”[②]。“只要发现存在政府行政力量的因素，无论其导致了垄断还是扭曲了竞争……反垄断法就应予以坚决制止。在衡量其社会危害性时不应采取效果原则和合理原则，而应适用违法原则，即不以政府行为是否实际导致对竞争的影响或影响是否在合理范围内为衡量标准，而以政府行为本身是否超越法定权限而干预经济生活为衡量标准。”[③] 行政垄断是一种违法垄断，这是本书自始至终的观点。因此，根据本身违法原则对行政垄断进行控制也是本书所赞同的。

3. 反垄断法应设置什么样的反行政垄断执法机关、应授予该机关哪些职权。反垄断法应设置什么样的执法机关来执行其法律规范，学界似乎已经形成一种共识。在论及反垄断法的执法机关时，学者们几乎是不约而同地认为，我国应设置一个独立(指人事独立与经费独立)的、有权威的准司法机关来执行反垄断法。理由在于，中国反垄断法的专门执行机关当前所面临的主要是行政垄断，而非经济垄断，而控制行政垄断，无论是在调查事实方面，还是处理裁决方面，难度都

---

① 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,长春:吉林大学出版社 1998 年版,第 62—67 页。

② 王保树:《论反垄断法对行政垄断的控制》,载《中国社会科学院研究生院学报》1998 年第 5 期。

③ 曹士兵:《反垄断法研究》,北京:法律出版社 1996 年版,第 19—21 页。

非常大,如果没有一个有高度权威和独立性的、且有准司法权的反垄断法的执行机关,中国的反行政垄断就会陷入一种"以一个行政机关去制裁另一个行政机关的怪圈",反垄断法对行政垄断的控制就可能"变成一纸空文"。[①] 这种建议在理论上是有一定道理。但本书认为,在连最应该获得独立地位的司法机关都尚未获致真正独立的时候和地方,反垄断执法机关能否获致真正的独立很值得怀疑,毕竟与司法机关相比,它还仅仅是一个"准司法机关"。况且,设置一个新机构,意味着必须增加官员和雇员的数目及相应的行政支出——这是不少的数目,而当前中国正在进行机构改革和裁员,这种为了控制行政垄断而给机构改革"雪上加霜"的建议恐怕难以获致社会的赞同。

学者们如上建议之提出,乃因受国外反垄断制度与经验的"启发"。依国外反垄断的经验,反垄断法的执行机关须担负解割垄断企业、对垄断者进行罚款、追究垄断者的刑事责任等重任。这些职权显然是根据由政府对企业进行"制裁"的思维方式构建的反垄断法执行机关所必需的。我国学者正是沿袭国外反垄断机构设置的内在逻辑赋予了拟议中的反垄断法执行机关"制裁"行政垄断的权力,包括对行政垄断实施者给予罚款,没收其违法所得,甚至是对实施行政垄断的"单位"及其主要负责人进行刑事制裁等。由此,由一个既有独立性、又有权威性、"能与行政垄断所依重的国家公权力相抗衡"[②] 的反垄断执法机关来控制行政垄断就顺理成章。这种思路对部分行政垄断,如对通过具体行政行为实施的垄断或许是合适的,但对控制通过抽象行政行为实施的行政垄断,这种硬碰硬的方法恐怕难以奏效。而对通过具体行政行为实施的行政垄断的控制,是否一定得由反垄断法的专门执行机关来执行,尚需具体问题具体分析。因为对这种类型的垄断,行政垄断的受害者完全可依《行政复议法》、《行政诉讼法》等法律规范对加害者提出侵权之诉。

究竟应由什么样的反垄断机关对行政垄断进行控制,决定于反

---

① 王晓晔:《社会主义市场经济条件下的反垄断法》,载《中国社会科学》1996 年第 1 期。

② 王旸:《论反垄断法一般理论及基本制度》,载《中国法学》1997 年第 2 期。

垄断机关担负的具体职能。只有在明确了要让其干什么的前提下，才能明确设置什么样的机构来负责反行政垄断。从前文分析的具体情况来看，目前最主要的行政垄断形态是以抽象行政行为表现出来的地区封锁与部门垄断，因此，反垄断法专门执行机关的主要任务就是对抽象行政垄断进行控制。这种控制大致可分为两个阶段进行。第一阶段是预防抽象行政垄断产生的阶段。反垄断主管机关在这个阶段的中心任务，是尽可能使含有限制竞争因素的各种规范性文件不出台或少出台。为此立法必须授权反垄断法主管机构的官员参与政府部门相关政策的决策，让他们就有关政府决策对竞争的影响发表意见。第二个阶段是消解抽象行政垄断的阶段。反垄断主管机关在这个阶段的中心任务，是在含有限制竞争因素的规范性文件已经出台且对市场竞争产生危害的情况下，尽快消解抽象行政垄断。在这一阶段，反垄断法主管机关可依职权或依申请与行政垄断的实施者进行协商，争取使垄断实施者主动撤销。如果协商不成，反垄断主管机关可以向相应的有权机关如人大、行政垄断实施者的上一级政府等提出撤销该规范性文件的建议。条件成熟时，人大等有权机关可授权反垄断主管机关直接撤销那些含有限制市场竞争内容的文件。这样，反垄断主管机关对行政垄断的控制就由硬碰硬的制裁转变为协商调解，而这项工作并不一定要在人事上或经费上具有高度的独立性或权威性才能完成。

基于这种分析，作者建议，在现有的、县级以上人民政府的某一行政机关中，设立一个直接隶属于该机关首长的反垄断机构担负协商调解工作，并赋予其完成该工作所必需的各种权力，如参与决策权、建议权、调查权、调解权、申请撤销权等。尽管这样的反垄断机关无权对抽象行政垄断进行直接制裁，从而可能使其对行政垄断控制的效果“大打折扣”[①]，但它对控制行政垄断的意义仍然是非常重大的。第一，这样的专门机关，改变了现行相关法律确定的行政垄断人人都可以管、而实质上人人都不管的局面；第二，由于这样的机关享

---

① 王先林：《关于中国反垄断执法机构的设置与职责问题的探讨》，载《中国行政管理》2000年第8期。

有参与决策权、建议权、调查权，因而能在一定程度上克服反行政垄断中信息不对称的问题；第三，设立这样的常设性的反行政垄断机构，能减少反行政垄断中的“搭便车”现象及违背诺言等道德风险。在本章的第二节，作者曾指出，地区封锁这种垄断形态是一种纯粹的“囚徒困境”，如果参与封锁的各方能建立一种协商机制，大部分封锁将可消除。湖北省汽车行业管理办公室主任曾说过这样一句话：“上海方面如能就此事与我们协商，我们愿意与上海同时废除有关限制。”这句话表达了“局中人”希望通过协商合作消解地区封锁的愿望。然而，协商合作制是一种公共产品，在建立初期需投入高额成本，且须冒对方违约而建立不能等风险，而一旦建成，没有付出成本的各方也能享受到这种制度所带来的益处，因此，私人无“投资”激励。协商合作制需由国家来建立。

4. 反垄断法如何设置行政垄断实施者的法律责任。“行政性垄断之所以屡禁不止，重要原因之一便是法律责任不明确、不严厉，因此应为行政性垄断违法行为规定严格的法律责任，包括民事、行政、刑事责任。”[①] 这一观点在当前极具代表性。作者也曾在前文中指出，法律责任设置不科学、不完善是现行反行政垄断立法存在的一个重要缺陷。那么，反垄断法究竟如何设置行政垄断实施者的法律责任才算科学和完善呢？在回答此问题之前，作者觉得必须首先对行政责任的内涵与外延作一个大致框定。因为，在这个问题上学界有些不同见解。如有学者主张对行政垄断实施者应进行罚款，而另有学者认为，行政罚款不适用于行政垄断，因为政府及其所属部门不是市场上的经营者。[②]

行政责任的内涵与外延，即使在行政法学界也是有分歧的。据相关学者介绍，在行政法学界至少有八种行政责任概念。[③] 如果按责任主体标准来归类的话，如下两种观点比较流行[④]：一是将行政责任定

---

① 沈悦志：《反行政性垄断探析》，载《宁夏社会科学》1998 年第 3 期。

② 王晓晔：《依法规范行政性限制竞争行为》，载《法学研究》1998 年第 3 期。

③ 许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学综述》，北京：法律出版社 1991 年版，第 524—527 页。

④ 杨解君：《行政违法论纲》，南京：东南大学出版社 1999 年版，第 192 页。

义为"行政法律关系主体因行政违法而应承担的法律后果"①；二是将行政责任定义为行政主体及其执行行政公务的人员因违反行政法律规范而应承担的法律责任②。在两者中，笔者取其后者。这种意义上的行政责任的外延或者说表现形式，浙江大学胡建淼教授在其主编的《行政违法问题探究》一书中从行政主体的责任和行政人的责任两个层面作了概括。行政主体的责任形式有：(1) 被通报批评；(2) 赔礼道歉，承认错误；(3) 恢复名誉，消除影响；(4) 返还权益；(5) 恢复原状；(6) 履行职责；(7) 撤销违法行政行为；(8) 纠正不当的行政行为；(9) 重作行为；(10) 修正违法；(11) 宣布无效；(12) 行政赔偿。行政人的责任形式有：(1) 被通报批评；(2) 赔偿损失；(3) 行政处分；(4) 身份处分。③

根据本书对行政责任的内涵与外延的框定，行政罚款既非行政主体的责任方式，也非行政人的责任方式。由此可以发现，在反垄断法中对行政垄断实施者进行罚款这种建议的理论根据明显不足。同时，根据上述框定，我们还可发现，被有些学者视为民事责任的责任形式如赔礼道歉、返还权益、恢复原状、行政赔偿等，也可纳入行政责任范畴。基于此，反垄断法对行政垄断法律责任的设置可限于行政责任与刑事责任两种。

第一，反垄断法如何设置行政垄断的行政责任。从理论层面考察，所有的行政责任方式都可以适用于行政垄断。但根据行政垄断在实践中的具体表现来看，作者以为，行政垄断的责任形式当以撤销违法行政行为、宣布无效、行政赔偿和行政处分为主。

撤销违法行为、宣布无效主要是针对抽象行政垄断设置的。前文指出，当前的地区封锁、部门垄断、强制交易等行政垄断形态主要是通过发布行政规章、会议纪要等方式实现的，即使某一具体的限制竞争行为，也往往以行政规章等为依据。对于抽象行政垄断，最有效的

---

① 罗豪才主编：《行政法学》(修订本)，北京：中国政法大学出版社 1999 年版，第 301 页。

② 王连昌主编：《行政法学》，北京：中国政法大学出版社 1994 年版，第 325 页。

③ 参见胡建淼主编：《行政违法问题探究》，北京：法律出版社 2000 年版，第 557—562 页。

办法就是不让其再发生效力。[①]

行政赔偿是在行政垄断给公民、法人或其他组织造成损害时，行政垄断实施者应该承担的赔偿责任。这种责任形式对保护受害人利益非常重要。行政垄断会给公民、法人或其他组织的物质利益造成损害，这是不容争辩的。但不管是《国家赔偿法》[②]，还是《反不正当竞争法》[③]，都没有明确规定行政垄断的受害者可以提出赔偿要求。因此，有必要在反垄断法中明确规定，行政垄断实施者给公民、法人或其他组织造成财产损害的，应承担赔偿责任。[④] 由于现行《国家赔偿法》规定，行政赔偿的范围只限于直接损失，对于间接损失不予赔偿，而行政垄断所造成的间接损失往往大于直接损失，因此，可考虑建立惩罚性赔偿制度。由于行政垄断赔偿的涉及面有时非常宽泛，因此，反垄断法在设计这种制度时，应对其适用范围与操作程序作一些明确规定。

行政处分是行政垄断主体所属公务员承担的惩罚性责任。行政垄断虽然是以行政主体的名义实施的，但行政垄断决策与执行都得由具体的人来操作，因此，公务员对行政垄断是应该负责任的。何况，实践中有些行政垄断是公务员为了个人利益或小集团利益利用行政主体的名义实施的。建立严格的行政垄断过错责任追究制度，追究公务员的责任，对于减少行政垄断大有益处。现行相关反行政垄断立法如《反不正当竞争法》及国务院 2001 年 4 月的新规定都有“对直接责任人员给予行政处分”的规定，但这种规定很笼统，有必要在反垄断法中细化。

第二，反垄断法如何设置行政垄断的刑事责任。“在我国刑法中

---

① 参见王晓晔:《依法规范行政性限制竞争行为》，载《法学研究》1998 年第 3 期。

② 《国家赔偿法》第 4 条规定，行政机关及其工作人员侵犯公民、法人或其他组织财产权的，受害人有取得赔偿的权利。根据这条规定，部分行政垄断的受害者如销往外地的啤酒被外地行政机关扣押的受害者可提出赔偿要求。由于行政垄断的手段有很多，因此，《国家赔偿法》的规定对行政垄断的受害者的保护极其有限。

③ 《反不正当竞争法》第 20 条规定:“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任”。因行政机关并不属于“经营者”，因此，行政垄断的受害者不能据此提出损害赔偿要求。

④ 相关论述请参见曹海晶，张晓梅:《行政垄断赔偿责任初探》，载《华中师范大学学报》1997 年第 6 期。

增设行政性限制竞争罪”，是许多学者包括经济法学者与刑法学者的主张。[①] 这种主张无论在理论上，还是在立法上都可以找到一些依据。从理论上考察，行政垄断罪属于法人犯罪，而关于法人刑事责任的理论根据，已有相当多的成果，尽管这些成果仍在经受挑战。[②] 立法上也有追究行政垄断主体刑事责任的先例。时间稍久远的例子有二战后的联邦德国。在二战后的数年间，前联邦德国曾规定过政府单位违反外汇法和卡特尔法的刑事责任。在美军占领区施行的军事管领法第 56 号第 7 条第 12 款规定，对于违反同盟国反卡特尔法的人，应科处罚金。同法第 9 条第 9 款(A)明确规定，所谓人是指“任何自然人及公法或私法法人，包括各种同盟、团体、社团以及政府单位”[③]。较近的例子有俄罗斯。俄罗斯《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》第 22-1 条规定：“联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构和各市政当局的官员……在被判处犯有违犯垄断法规罪时，将被追究民事、行政或刑事责任。”第 24 条规定：“联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构和各市场当局的官员，在一年时间内犯重复委托罪(guilty of repeated commission)的”，或者不按时执行联邦反垄断局(或其地方代表机构)的官员作出的警告或课收罚金决定及阻挠决定执行的，应依法追究刑事责任。我国立法也没有排除追究行政机关刑事责任的可能性。刑法第 30 条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”根据刑法学者的解释，其中的“机关”就应该包括行政机关在内。[④] 另外，《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》第 21 条规定：“对地方人民政府或者其所属部门违反本规定，实行地区封锁的，纵容、包庇地区封锁的，或者阻挠、干预查处地区封锁的，由国务院给予通报批评。对直接负责的主管人员

---

① 参见沈悦志：《反行政性垄断探析》，载《宁夏社会科学》1998 年第 3 期；又见王昌学：《WTO 与发展我国产业的刑法对策》，载赵秉志：《新千年刑法热点问题研究与适用》(上)，北京：中国检察出版社 2001 年版，第 541—542 页。

② 参见何秉松主编：《法人犯罪与刑事责任》，北京：中国法制出版社 2000 年版。

③ 何秉松主编：《法人犯罪与刑事责任》，北京：中国法制出版社 2000 年版，第 127 页。

④ 黎宏：《单位刑事责任论》，北京：清华大学出版社 2001 年版，第 272 页。

和其他直接责任人员，按照法定程序，根据情节轻重，给予降级或者撤职的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。"解读该条，"构成犯罪"中的"罪"，理解为行政垄断罪较为合适。

作者也赞成追究行政垄断的刑事责任。这不仅仅是因为别国也这样做过，更主要的是因为将行政垄断犯罪化具有客观必要性。经济刑法的基本理论告诉我们，经济刑事立法应坚持必要性原则，只有在必要的条件下，才能将某种严重的经济危害行为规定为犯罪。所谓必要性是指：(1) 经济危害行为具有相当严重的社会危害性；(2) 作为经济危害行为的反应，刑罚具有无可避免性。[1] 行政垄断的社会危害性在本书第二篇有详细论述，其严重程度比官员个人的贪污受贿等行为重许多。而行政垄断愈演愈烈的现实从反面证明现行法律所设置的行政责任显然不能对行政垄断进行有效制裁。易言之，对行政垄断而言，刑罚具有"无可避免性"。

当然，行政垄断与经济垄断毕竟是有区别的。行政垄断主体是公法人，它是为了维护公共利益而设置的，其财产主要来自纳税人交纳的税收。对行政垄断主体判处罚金，将直接减低行政主体提供公共服务的能力，从而影响到纳税人的利益。因此，追究行政垄断的刑事责任应尽量避免追究行政主体的责任，而应透过"行政主体"这层面纱追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。当然，直接负责的主管人员和直接责任人员实施行政垄断大多数情况是为了"行政性分利集团"的利益，因此不是所有的行政垄断都具有刑事可罚性。作者以为，反垄断法(只)应规定，明显为了牟取私利的行政垄断行为，或为了地方利益、部门利益阻止反垄断主管机关参与决策、妨碍反垄断主管官员的调查等情节严重的垄断行为，应承担刑事责任。

---

① 陈兴良主编：《经济刑法学(总论)》，北京：中国社会科学出版社 1990 年版，第 24—25 页。

二、行政程序法与行政垄断控制

(一)行政程序法与行政垄断控制间的关系

行政程序法是规范行政机关和相对人[①]在行政程序中的权利义务的法律规范的总称。行政程序法与行政垄断控制具有比较密切的联系,这是由行政垄断的成因和行政程序法的功能决定的。

行政垄断的产生与行政程序法不健全、不完善有关。这大致可分为两种情况,第一种情况是,制约行政权力行使的程序规范的缺失导致行政垄断。譬如,地区封锁与部门垄断的产生,就与国家区域经济政策、产业政策等宏观经济政策的制定和调整无法定程序规范相关联。对国家的宏观经济调控政策,就其内容而论,人们很难作出公正与否的判断。但这些政策的实施,客观上存在着对某些地区或部门有益而对其他地区或部门不利的情势。而改革开放以来,国家区域经济政策、产业政策的制定与调整,通常采取一种非公开的、一对一的谈判机制,这极容易引发在国家宏观经济调控政策实施中承担不利后果或认为自身利益受到忽视或损害的地区或部门的不满,甚至或明或暗地抵制国家宏观经济调控政策的实施。第二种情况是,行政主体违反法定程序而引致行政垄断。在这种情况下,法律为行政权力的行使设置了程序性规则,但程序性规则尚不具体、不完善,难以对行政权力产生有效的约束。譬如,当前引起广大消费者不满,并被学术界、传媒指称为行政垄断的垄断性定价,就是因行政性公司或相关行政部门对垄断性行业的定价行为违反价格法规定的价格听证程序而引致的,而相关部门之所以不遵循价格听证程序,原因之一在于,价格法对违反价格听证程序的行为没有设置法律责任。

因行政程序法的缺失、不完善而引致的行政垄断,从实体法层面难以进行有效控制。因为地方政府、政府部门对国家某些宏观经济调控政策的不满,广大消费者对垄断性定价的不满,并不是因为他们的

---

① 行政法学界对"相对人"的外延有不同的理解,大部分学者所指的"相对人"限于外部相对人,但也有学者认为,"相对人"既包括外部相对人,也包括内部相对人。本小节出于表达上的便利,将内部相对人纳入"相对人"范畴。

实体权利受到了侵害，而主要是因为他们作为与宏观经济政策、垄断性定价有直接利害关系的人的参与权、知情权、抗辩权等被忽视。既要让人承受不惠后果，又不让人知道承受不惠后果的具体理由，当事人当然不满意。所以，有学者指出，“加强消费者的知情权，这才是解决垄断问题的根本之道”。“反垄断的实际意义是给那些弱者更多的选择性，给选择条件差的人增加信息供应量。”[①]这是极有见地的。中国国家统计局经济景气监测中心等权威部门对北京、上海、广州三城市七百余位居民进行的一项关于中国破除行业垄断的调查结果显示：绝大多数居民认为，打破垄断的最佳措施在于广泛实行价格听证会制度。[②] 那么，法律通过什么手段增加信息供应量，保护利害关系人的参与权、知情权、抗辩权以消解地方政府、政府部门或广大消费者对政府某些干预措施的不满情绪呢？作者认为，法律应该设定制度化、恒常化的行政程序。

“法律程序有助于从心理层面上和行动层面上解决争执。”[③] 制度化、恒常化的行政程序能有效吸纳、消解地方政府、政府部门或广大消费者的不满情绪，减少行政垄断的发生。因为，现代行政程序法规定了行政公开、告知、听证等一系列制度，使相对人作为受行政决定影响的主体能参与行政程序的运行。行政相对人有权向行政机关陈述意见，对不利于己的决定可以提交证据，行使抗辩权，与行政机关共同推进和完成行政程序。这样，行政相对人作为主体的尊严得到了行政机关的尊重，相对人在此不再是行政权的客体，被动接受行政决定，而是作为一个主体，对影响自己权利义务的行政决定的形成发挥了有效的作用，从而体现了行政的公正、民主。[④] 通过行政程序，利害关系人的参与权、知情权、抗辩权得到了尊重，即使行政决定的结果对其不利，在心理上也能够接受。如此，地区封锁、部门垄断将会减少，消费者也不会再指责垄断性行业的定价是行政垄断。

---

① 丁宁宁：《反垄断：消费者的参与权最重要》，载《改革内参》2001 年第 13 期。

② 《中国城市居民认为约束垄断首推价格听证》，中新网 2001 年 4 月 7 日。

③ 〔美〕迈克尔．D．贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，北京：中国大百科全书出版社 1996 年版，第 34 页。

④ 王万华：《行政程序法研究》，北京：中国法制出版社 2000 年版，第 38—39 页。

(二) 从控制行政垄断的角度看行政程序法的制定与完善

行政程序法的制定与完善是行政法学界关注的热门话题。当前，行政法学界一致主张我国应制定行政程序法典，但在行政程序法典化的时间上，行政法学者有“两步走”和“一步到位”两种不同意见。坚持“两步走”的学者认为，我国处于体制转型时期，行政权难以定位，行政程序法理论研究不深，且行政执法人员法律意识不强、法律知识不多，因此，行政程序法典化应分两步走，即先在制定行政许可法、行政收费法、行政复议法、行政强制行为法等法律时，规定相应的行政程序，待到时机成熟，再制定行政程序法典。坚持“一步到位”的学者认为，行政程序法具有先导性，不应迁就现实，行政程序法典化不能等，而应一步到位。[①] 对上述两种观点，作者不敢贸然置评。站在控制行政垄断的立场，作者认为，采取“两步走”的方式更现实，也更有效，因为这可以使控制行政垄断亟需的行政程序法律制度尽快出台和完善。

从控制行政垄断的角度考察行政程序法的制定和完善，当下亟需健全和完善的行政程序制度应该是听证制度。听证制度不仅仅是行政程序法的核心制度，是行政程序公正的最基本要求，也是控制行政垄断的最主要制度。自《行政处罚法》首次规定听证制度以来，迄今为止，我国已有三部法律、两个行政法规规定了听证制度。它们是《行政处罚法》(1996)、《价格法》(1997)、《立法法》(2000)、《行政法规制定程序条例》(2001 年 11 月)、《规章制定程序条例》(2001 年 11 月)。除此之外，国务院相关部委、地方政府也制定了一些关于听证制度的规章，如国务院发展计划委员会制定了《政府价格决策听证暂行办法》(2001 年 7 月)，陕西省、河北省制定了《价格听证会制度暂行规定》。这些法律、法规、行政规章对行政处罚、公用事业价格与公益性服务价格的政府定价、行政立法等行政程序进行了规范，这些规范对行政垄断的发生将起到了一定的预防作用。然而，由于目前关于听证制度的法律规范尚有很多不完善之处，譬如规定实行听证的行政行为的范围较窄；听证的具体程序尚不明确；关于听证的任意性法律规

① 王万华：《行政程序法研究》，北京：中国法制出版社 2000 年版，第 114—124 页。

范多于强制性规范；对于违反强制性听证义务的行政行为，没有规定相应的法律后果等等。因此，现行法律所规定的听证制度对行政垄断的控制的实质效果极其有限。为了更好地发挥听证制度对行政垄断的控制作用，建议扩大实行听证制度的行政行为的范围，比如与行政垄断有密切关系的行政许可、行政收费等行政行为都应实行听证。除此之外，还应将现行法律中规定的听证程序具体化，明确规定违反强制性听证程序的法律后果。

三、财税法与行政垄断控制

在本书第三章关于"行政垄断的主要成因"的论述中，作者曾指出，利益分配制度主要是财税制度不合理是行政垄断产生的根源。而财税制度之所以存在如此重大的缺陷，是因为财税法律制度的创制者缺乏公平竞争理念。前文已然指出，市场经济是竞争经济，完善的竞争机制是市场优化资源配置赖以实现的前提条件；公平竞争原则是市场经济的基本原则，国家的各项法律制度都不能违反这一基本原则。虽然不能强求国家的各项法律制度不得越"雷池"一步，虽然本书也承认国家出于履行优化产业结构、解决地区发展不平衡等职能的需要，不可避免地会制定一些与公平竞争原则相冲突的财税政策。但作者仍然坚持，即使是为了优化产业结构或解决地区经济发展不平衡问题，财税制度的制定和实施也不能将公平竞争原则完全置之不理。相反，立法机关在制定产业政策或区域经济政策时，应认真估量这些政策对市场竞争所造成的影响和危害，认真分析这些政策的实施能否收到预期收益及这些预期收益能否弥补因公平竞争受损而导致的社会福利损失。基于这种考虑，作者认为，今后我国各项财税法律制度的创建与完善，整体上应坚持和贯彻公平竞争原则，应有利于促进市场主体间包括政府间、企业间的公平竞争。

第一，税收法律制度的建立与完善应有利于市场主体间的公平竞争。公平原则是各国税收法律制度的基本原则之一，包括社会公平与经济公平。社会公平原指每个纳税人都应缴纳相同数额的税，即税额绝对公平。现代意义的社会公平指税负的相对公平，包括横向公平与纵向公平两个层面。横向公平指纳税能力相同的人应负担相同的

税，纵向公平指纳税能力不同的人负担的税负不应相同。经济公平的内容也包括两个层面：首先，要求税收保持中性，即对所有从事经营活动的纳税人，要一视同仁，以便为经营者创造一个合理的税收环境，促进经营者进行公平竞争；其次，对于客观上存在不公平的因素，如资源禀赋差异等，需要通过差别征税实施调节，以创造大体公平的客观的竞争环境。[①] 通过对税收公平原则含义的解释，我们可以得知，公平原则不仅是竞争法的基本原则，而且也是税收法律制度固有的原则。坚持公平原则，不仅是竞争法对税收法律制度的基本要求，而且也是税收法律制度自身不断走向完善的内在要求。

改革开放以来我国税收法律制度的一些重要内容是有悖于公平原则的，比较典型的是差别税率比较普遍。根据作者的概括，我国税收法律制度的差别税率至少有四种情况：不同所有制企业的差别税率；内资企业与外商投资企业的差别税率；不同地区企业的差别税率；不同行业或不同产业的差别税率。第一种差别税率在 1994 年税制改革前比较普遍，税制改革后，随着内资企业所得税税率的统一，已基本消除。当前税制中的税率差别主要是后三种，其中又以内资企业与外商投资企业的税率差别和不同地区间企业的税率差别较为常见。差别税率有某些合理性，如给外商投资企业税收优惠可以低成本、低风险吸引外资；对设在西部地区的企业给予税收优惠，可吸引投资者到西部投资，从而促进西部地区经济、社会与文化的发展，缩小东西部地区的差距；对不同行业或不同产业给予税收优惠，可以优化产业结构、提升产业国际竞争能力等等。然而差别税率也存在显见不争的缺陷。内资企业与外商投资企业的巨额税负差别，使内资企业在竞争中很难与外商投资企业处于同一起跑线上，两相竞争必然会产生如下结果：外商投资企业在中国市场上做强做大，在许多行业如化妆品、通讯器材、电脑等占据优势，甚至形成独占地位；而内资企业要么通过“寻租”渠道享受外商投资企业待遇，要么接受不平等的竞争条件，在残酷的市场竞争中走上破产或被兼并的道路。地区间差别税率的存在，使异地之间企业不能展开公平竞争，进而诱致行政垄断

① 曾国祥，龚浑文：《论税收四原则》，载《财贸经济》1999 年第 12 期。

的产生。今后应尽可能减少通过设置差别税率这种手段来促进地区间经济公平发展的做法，缩小地区差距要通过制度创新、改善投资环境等途径来实现。

第二，财政转移支付制度的建立与完善应有利于改善欠发达地区的竞争环境，有利于提升欠发达地区市场主体的竞争能力。财政转移支付制度是现代市场经济体制中用于处理中央与地方政府财政关系的基本制度，其主要功能是平衡中央与地方政府之间、地方政府与地方政府之间的财政收支不平衡和发展差距。从本质上说，财政转移支付制度与公平竞争原则并不相悖，相反，它还具有促进企业公平竞争实现之功能。尽管这种功能并非由制度创制者刻意设计，但它客观存在。因为财政转移支付制度能促进欠发达地区交通条件、教育条件、医疗卫生条件的改善，促进政府公共服务水平的提升，从而使欠发达地区的企业能享有与发达地区的企业基本相同的生产经营环境和生产经营条件，使自然条件、历史条件等客观因素引致的欠发达地区与发达地区企业竞争不平等的现状在一定程度上得以改变。

分税制财政体制调动了地方政府发展经济的积极性，同时也强化了地方政府的竞争意识，这正是财政体制改革所期望出现的。因为竞争可促使地方政府提高服务质量、改善投资环境，从而有利于生产要素在地区之间的流动，有利于资源的最优配置。然而由于自然条件、历史条件殊异，不同地区间经济、社会、文化发展状况是不相同的，由此导致地方政府提供的公共服务水平也有差异，不同地区的投资环境也有差异。这两方面的差异使异地之间企业的竞争条件天生就不平等。“地区经济发展失衡是导致地方保护、市场分割的重要因素。越是经济相对落后的地区，由于其就业、财政等压力，地方保护的冲动就越发突出。”[①] 政府财政转移支付制度的目标是，通过一般转移支付与特殊转移支付手段，使地区间财政能力均等化，促进各地经济均衡发展，并最终达到社会公平。尽管财政转移支付制度并不担负维护竞争秩序之任务，但这种制度实施的结果客观上可以改变欠发

① 国家计委宏观经济研究院课题组：《打破地方市场分割对策研究》，载《经济研究参考》2001 年第 27 期。

达地区市场主体的竞争条件。如果我们在建立或完善转移支付制度时，也将改善欠发达地区的竞争环境，提升欠发达地区市场主体的竞争能力作为一项目标考虑，则可以使原本作为“输血”机制的财政转移支付制度具备了“造血”功能，并反过来促使转移支付之目标更容易实现。

第三，政府采购制度的建立与完善应体现公平竞争原则。政府采购是各级国家机关、实行预算管理的事业单位和社会团体，使用财政预算内资金和预算外资金等财政性资金，以购买、租赁、委托或雇用等形式获取货物、工程和服务的行为。对于政府采购行为，本来应由专门的政府采购法来调整，而不由竞争法调整。但现代社会政府采购数量大，具有“买方垄断”性。因此，各国或在政府采购法中规定政府采购必须遵循公平竞争原则，或直接将政府采购纳入竞争法的调整范围，如德国就把政府采购作为《反限制竞争法》(1998)的重要组成部分。我国的政府采购已具有相当规模，而与之配套的法律制度却极不完善且十分零散。目前国家正在着手建立、完善相关的政府采购法律制度。作者认为，在政府采购法律制度中规定政府采购必须遵守公平竞争原则，对于预防新的行政垄断的产生是非常必要的。

四、诉讼法与行政垄断控制

诉讼是公民、法人或其他组织保护自身权益的最后一道屏障，当行政垄断无法经由其他途径解决时，人们自然而然想到法院，希望借助司法的力量对行政垄断进行控制。然而，迄今为止，尽管行政垄断案件很多，但法院很少对行政垄断案件进行审理。原因之一在于，根据现行法律的规定，法院只受理对行政机关的具体行政行为提起诉讼的案件，而对抽象行政行为不予受理。而行政垄断大部分是以抽象行政行为实施的，即使是具体行政行为，大多也是以抽象行政行为为依据的。因此，从现有的法律规定来看，对行政垄断提起诉讼的法律依据不充分。或者说，行政垄断的可诉讼性不是很强。

针对以上困境，有些学者主张将抽象行政行为纳入司法审查的范围，以解决抽象行政垄断不可诉的问题。将抽象行政行为纳入司法审查范围，不仅仅是控制行政垄断的需要，而且也是依法行政的需

要。以发展的观点来看，将抽象行政行为纳入司法审查是一种必然趋势。1999年4月29日通过的《中华人民共和国行政复议法》已将下列抽象行政行为纳入行政复议范围：(1) 国务院部门的规定；(2) 县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；(3) 县乡人民政府的规定。这表明，立法对抽象行政行为的态度已发生了很大的转变。但我们不能由此断定将抽象行政行为纳入司法审查很快就能实现。因为行政复议与行政诉讼毕竟是两种不同的行政行为监督制度。行政复议属于行政机关内部的监督，而行政诉讼属于对行政行为的外部监督。司法权与行政权是两种不同性质的权力，司法权不能干预行政权，不能代替行政权。因此，依据现行法律规定，行政垄断的可诉讼性仍然不强。

行政垄断的可诉性不强，并不等于行政垄断不具有可诉性。对现行的行政诉讼有关制度进行分析，我们发现，司法机关对有些行政垄断是可以进行审查的。作者曾在第二章中指出，具体行政垄断与抽象行政垄断具有相对性，法律无法对它们作出非常明确的界定。抽象行政垄断与具体行政垄断的相对性，为司法机关审查抽象行政垄断留下了一定空间。另外，现行行政诉讼法也没有绝对禁止对抽象行政行为进行司法审查。不能提起行政诉讼和不能对之进行审查是两个不同的概念。行政诉讼法第53条有关"参照规章"的规定，事实上赋予法院对规章的审查权。所谓参照，也就是说，法院既可以将其作为裁判的依据，也可以不作为裁判的依据。而法院在决定是否将规章作为裁判依据之前，必须对规章的合法性进行审查。既然法院对规章有审查权，当然对规章效力等级以下的抽象行政行为具有审查权。[①] 据此，解决行政垄断的可诉性，就不仅仅是立法的问题，法院也有责任。在上述情况下，法院完全可以根据上述规定对行政垄断予以受理和裁判，而不会被指责为代替行政权。2000年3月8日公布、3月10日起开始实施的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第13条明确规定，公民、法人或其他组织认为

---

① 甘文：《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》，北京：中国法制出版社2000年版，第30—32页。

行政机关的具体行政行为涉及其公平竞争权的，可以依法提起行政诉讼。这一解释正式确立了竞争者的原告资格。公民、法人或其他组织认为政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为侵犯自己的合法权益的，可以依法提起行政诉讼，这对于切实保护公民、法人或其他组织的公平竞争权，维护公平竞争的市场秩序，促进统一、开放、有序的大市场的形成具有重要意义。如果法院能够正确把握行政诉讼法及其司法解释的基本精神，有很多行政垄断案件完全是可诉的。在很多情况下，具体行政行为是根据抽象行政行为作出的，不对抽象行政行为的合法性进行审查，就无法对被诉具体行政行为的合法性进行审查。法院尽管不能在裁判文书中宣告抽象行政行为违法或者无效，或者撤销该抽象行政行为，但可以不适用该抽象行为，而适用高位阶的抽象行政行为，或者法律、法规、规章。

不过根据现行《行政诉讼法》的规定，能够提起行政诉讼的主体只限于狭义上的行政相对人，即外部相对人，内部相对人并不能提起行政诉讼。而行政垄断的受害者却不仅仅是外部相对人，地方政府或政府部门通常也是受害者。在现有条件下，这类受害者不能根据行政诉讼法的规定寻求救济。对此，有些学者建议，我国应尽快建立“官告官”和“官告民”的公诉制度，以便通过正当、合法、及时的途径和方式，来处理包含有行政及公共因素的经济纠纷。尤其对于“行政垄断”来说，需要引进这些制度授予反垄断执法机构对各种主体包括任何国家机关的反竞争行为提起诉讼的权(利)力，凸显各种性质的主体在反垄断法面前的平等性。[①] 这种建议确实能解决这一难题，只是在我国实现的可能性不是很大。另有学者提出让检察机关对行政垄断提起行政公诉。因为行政垄断不仅侵害合法经营者的利益，而且损害消费者和国家的利益。因此应当建立国家起诉制度，由作为国家利益代表的检察机关对行政垄断提起行政公诉。[②] 这种建议可以作为将来诉讼法修改的方向。

① 史际春：《反行政垄断要确立平等观》，载《法制日报》，2001 年 9 月 16 日。
② 王景琦：《论民事行政公诉的范围》，载《法制日报》，2001 年 2 月 11 日。

五、宪法与行政垄断控制

(一) 宪法在行政垄断法律控制体系中的地位

在行政垄断法律控制体系中,宪法居于龙头法地位,这是由宪法在一国法律体系中的特殊地位决定的。宪法既是一个部门法,又是国家的根本大法。作为部门法,宪法与其他部门法一样,对特定的社会关系如国家与公民间的关系、各主要国家机关间的关系进行调整。作为根本大法,宪法又是制定其他法律制度的基础。宪法的上述特性决定了它在行政垄断法律控制体系中具有举足轻重的作用。第一,宪法是前述反行政垄断法律制度赖以有效实施的基础。无论是反垄断法、行政程序法,还是诉讼法、财税法的建立与实施都须以宪法上相应的制度安排为先决条件。譬如,财税法中分税制的建立与完善,须以中央政府与地方政府事权的明确划分为前提。如果中央政府与地方政府事权不清,则完善的分税制断难确立。而中央政府与地方政府事权的划分又须以政企关系的法定化为前置条件。如果政企关系界限不清,则中央政府与地方政府间事权的划分也不可能,因为以企业为最重要活动主体的经济关系具有周期波动性与整体性之特征,这些特征为政府干预经济提供了充分的理由,在政府与企业的关系尚未法定化之前,政府可依此理由随时扩张其权力,进而使事权划分成为一句空话。由此观之,如果宪法不完善,其他反行政垄断法律制度的作用则难以充分发挥。第二,宪法是反行政垄断的直接法律依据。1935年5月美国联邦最高法院作出了《全国产业复兴法》违宪的判决,这一事实表明,宪法可以作为控制行政垄断的直接法律依据。在中国,以宪法为依据反行政垄断对于控制行政垄断具有显著意义,因为行政垄断主要是通过抽象行政行为如通过制定行政规章等规范性文件的形式实施的。这种类型的行政垄断,在有些情况下难以通过前述法律手段解决,而必须求助于宪法。

(二) 反行政垄断需要宪法对政府与企业间的关系、中央政府与地方政府间的关系作出相应的制度安排

行政垄断的产生与政府和企业间的关系、中央政府和地方政府间的关系缺乏相应的法律规范密切相关。政府与企业间的关系、中央

政府与地方政府间的关系过去是、现在是、将来仍然可能是影响中国现代化进程的带有根本性的社会关系，宪法应对此作出相应的制度安排。

第一，政府与企业间关系须由宪法作出相应规定。政府与企业间关系是改革开放以来党和国家一直致力于解决而迄今仍未彻底解决的重大社会问题。1987 年中国共产党第十三次全国代表大会首次明确提出“党政分开”、“政企分开”的方针。作为执政党意志的法律体现，1988 年 4 月 13 日，第七届全国人民代表大会通过了《全民所有制工业企业法》，该法设专章对企业和政府间的关系进行了规范。1992 年 6 月，国务院又颁布《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，该条例赋予了全民所有制工业企业十四种权利，同时对企业和政府间的关系作了比前法更具体、明确的规定。1991 年 6 月，国务院通过了《城填集体所有制企业条例》，该条例对政府与城镇集体所有制企业的关系也作了具体规定。但这些法律规范都是在国家尚未实行市场经济体制以前制定的，因而带有明显的计划经济色彩。如《全民所有制工业企业法》第 55 条规定：“政府或政府主管部门依照国务院规定统一对企业下达指令性计划，保证企业完成指令性计划所需的计划供应物资……任免、奖惩厂长，根据厂长的提议，任免、奖惩副厂级行政领导干部，考核、培训厂级行政领导干部。”这是计划经济体制下政企关系在法律上的反映。

中国共产党第十四次全国代表大会作出我国实行社会主义市场经济体制的决定以后，第八届全国人民代表大会以宪法修正案的形式将这一决定写入了《宪法》，明确规定“国家实行社会主义市场经济”。社会主义市场经济体制客观上要求政府与企业间的关系法定化。自 1993 年 12 月全国人大常委会制定并通过《公司法》以来，我国的现代企业法律文件体系已基本完善，可是，政企不分问题仍未获根本解决。究其原因，在于企业法只能对政府与企业间的微观经济关系主要是政府对企业的管理关系进行规范，而对政府与企业间的宏观经济关系，企业法难以调整。政府与企业间的宏观经济关系必须由企业法以外的法律来调整。

在现代市场经济条件下，政府与企业间的关系对一国政治、经

济、文化建设的影响具有基础性与全局性之意义。处理好两者之间的关系，不仅对保障宏观经济安全，促进国家经济发展，提升本国产业在国际市场上的竞争能力产生非常积极的作用，而且对促进经济民主、进而政治民主的实现也将产生深远影响。因此，政企关系问题是中国现代化进程中的一个带有根本性的问题，政府与企业间的关系应由宪法予以规范。近些年，理论界对国家与市场的关系进行了广泛而深入的探讨，得出的一致结论是：政府对市场的干预是有限度的；政府在经济活动中应有所为、有所不为。全国人大应该吸取这些理论成果，运用宪法的形式（具体形式可采取《宪法》修正案的形式，也可在具有宪法属性的《宏观经济调控法》中予以规定，还可制定专门的《政府与企业关系法》），对政府与企业的关系进行规范，规定经营自由权是企业的最基本权利，除为宏观经济稳定的需要，政府可依法对企业进行干预之外，任何人不得以任何借口对企业的经营自由权进行侵犯。

第二，中央政府与地方政府间的关系须由宪法予以规定。在明确政府与企业关系的前提下，宪法应对中央与地方的关系进行规范。同政府与企业的关系一样，中央与地方的关系也是新中国成立以来致力于解决的问题。早在 1956 年，毛泽东在《论十大关系》的著名讲话中，就指出："处理好中央和地方关系，这对于我们这样的大国大党是一个十分重要的问题。""为了建设一个强大的社会主义国家，必须有中央的强有力的统一领导……同时，又必须充分发挥地方的积极性"。[①] 1956 年，中央向地方进行第一次放权，由于权力下放过猛、过多、过散，很快形成了中央政府对地方政府失控、地方上级政府对下级政府失控的局面，全国经济和社会发展陷入一种无序状态。为了扭转这种混乱局面，中央于 1959 年上半年开始收权。此后，中央进行了几轮集权与放权的活动，形成了一种"集权——放权——再集权——再放权"的循环，使全国的经济发展处于一种"一统就死，一放就乱"的两难困境。直至现在，这种困境依然没有完全解除。

之所以会出现"一统就死，一放就乱"的两难困境，一是因为政府

① 《毛泽东选集》（第五卷），北京：人民出版社 1977 年版，第 276 页。

与企业间的关系没有法律规定，二是中央与地方的关系没有法律规定或虽有规定但规定不明确。没有规范化的政府与企业间关系，也就不可能形成规范化的中央与地方间关系，这一观点前文已作过阐述。这里要重点阐明的是，即使政府与企业间的关系实现了规范化，而中央与地方间的关系没有实现规范化，那么稳定的中央与地方关系也难以形成。中央政府与地方政府的关系本质上是一种利益关系。“虽然中央与地方关系有多种多样的模式，但是它们的实质是共同的。一般来说，在任何国家，中央政府是国家利益的代表者，而地方政府则是地方利益的代表者。因此，中央与地方关系实质上就是国家利益与地方利益的关系，不论中央与地方关系的形式如何，其实质都是如此。”[①] 理解了中央与地方关系的本质，就不难理解“一统就死，一放就乱”局面的发生。在中央“统”权，地方没有独立利益追求的情况下，地方政府往往缺乏发展经济的激励，一国经济自然就“死”，而在中央“放”权，地方政府有相对独立利益的时候，地方政府就会偏好于扩充自身利益，如果法律不为这种“逐利”偏好设置边界，经济秩序必然生“乱”。

我国实行单一制的国家结构形式，根据《宪法》与《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定，中央与地方之间、地方政府之间的关系完全是一种上下级隶属关系，地方政府并非独立的利益主体。然而，中国几十年的经济发展经验向人们表明：要充分发挥地方政府的主动性、积极性，就必须承认地方政府在利益上的相对独立性；要使中国的经济在相当长的时期内仍然保持持续、快速发展的态势，就必须继续坚持向地方政府放权的原则。同时，“一统就死，一放就乱”的恶性循环告诫我们，必须运用法律手段对中央与地方的关系予以规范。

宪法就中央和地方政府间的关系作了原则性规定：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”这种规定对于处理中央与地方关系具有宏观上的指导意义。但要处理好中央和地方的关系，除了“宏观上的调

① 林尚立：《国内政府间关系》，杭州：浙江人民出版社 1998 年版，第 21 页。

节之外，还必须进行中观和微观上的调节。只有把三者有机地结合起来，才能理顺整体与部分、中央与地方的关系。"[①] 基于这种认识，本书认为，宪法必须对中央与地方的关系进行进一步的规范，明确规定中央政府只行使宏观调控职能，宏观调控以外的其他经济管理职能应由地方政府行使，明确规定中央与地方的财权。

（三）反行政垄断需要完善违宪审查制度

违宪审查制，即依据宪法的规定对法律文件或行为进行合宪性审查，使与宪法相抵触的法律文件或行为不产生法律效力的制度。违宪审查制是宪法至上原则在制度层面的具体体现。完善违宪审查制，对于保护公民基本权利、确保依法治国方略的实现具有十分重要的意义。

我国在制度层面有违宪审查制度，在现实层面也有违宪行为，但迄今为止，尚未发现一起对与宪法相抵触的法律文件或行为进行违宪审查的案例。主要原因在于现行违宪审查制度不完善，具体表现在以下几个方面[②]：第一，违宪审查主体模糊不清。《宪法》规定，违宪审查权由国家最高权力机关行使。但《宪法》同时规定，地方人民代表大会有权撤销本级人大常委会、本级人民政府、下一级人民代表大会的不适当（"不适当"当然且首先指违反宪法）的各种规范性文件，国务院、地方各级人民政府有权撤销本级政府所属各部门、下级人民政府的各种不适当的规范性文件。这些规定使违宪审查主体变得十分模糊，使违宪审查处于一种"谁都可以管，但实际上谁都不管"的局面。第二，宪法缺少可适用性，违宪审查失去了根基。宪法具有可适用性是违宪审查制度建立的前提，宪法只有在具体运用和实际执行中才能发现其他规范性文件或行为与宪法原则、精神及具体内容不一致。但根据现行制度安排，具体适用法律的人民法院无权解释宪法，而有权解释宪法的全国人大常委会却并不适用法律。这样，法律适用权与违宪审查权处于一种分离的状态，违宪审查权虚置。第三，宪法监督

① 张庆福主编：《宪法学基本理论》，北京：社会科学文献出版社 1994 年版，第 364 页。

② 王克稳：《我国违宪审查制度建立的主要法律障碍》，载《现代法学》2000 年第 4 期。

欠缺相应的启动机制，违宪审查无法实际提出。宪法没有对如何启动违宪审查程序作出规定，实践中的违宪案件或宪法争议因欠缺相应的启动程序而无法进入实际的违宪审查阶段。

基于现行违宪审查制存在如上诸多缺陷，理论界一致呼吁对现行违宪审查制进行完善。至于如何完善违宪审查制度，学界有三种不同的观点：(1) 主张在不改变现行违宪审查体制的基础上，在全国人民代表大会中增设一个“宪法监督委员会”或“宪法和法律委员会”[①]；(2) 主张仿效美国模式，由最高人民法院行使违宪审查权，受理宪法诉讼[②]；(3) 主张仿效德国或法国的违宪审查模式，设立专门的违宪审查机构，如宪法法院或宪法委员会[③]。三种方案都有各自的优点，但又都存在某些方面的缺陷或不足：专门委员会审查模式符合现行的政治体制，但专门委员会只是全国人民代表大会内部的辅助性工作机构，只能在全国人大常委会委托的范围内，对宪法争议进行有限审查，它不能主动受理宪法争议案件，不具有独立的裁决权，也难以对各级人大及其常委会制定的法律文件进行违宪审查；普通法院审查模式克服了现行违宪审查制存在的法律适用与宪法解释相分离的弊病，但该模式以三权分立和制衡的政治体制为基础，由法院进行违宪审查将与我国的基本政治制度——人民代表大会制发生冲突，同时，在大陆法系采用普通法院审查模式容易出现在某一案件中被宣布违宪的法律文件，在该案件外仍然有效的情况，因为在大陆法系国家，判例不具有法律效力；专门的宪法法院或宪法委员会模式能及时、有效地解决宪法争议案件，并能克服大陆法系国家由普通法院履行违宪审查职能带来的不足，但该模式与普通法院审查模式一样，将突破现行的体制框架。

综上，完善违宪审查制的路径只有两条：或者不突破现行根本政治制度，对违宪审查制进行微调，或者打破现行政治体制的基本框架，构建一套全新的违宪审查机制。本书赞成前者。基本方案如下：

---

① 程湘清：《关于宪法监督的几个争议的问题》，载《法学研究》1992年第4期。

② 王磊：《试论我国的宪法解释机构》，载《中国法学》1993年第6期；另见包万超：《设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制》，载《法学》1998年第4期。

③ 费善诚：《试论我国违宪审查制度的模式选择》，载《政法论坛》1999年第2期。

在全国人大内部设立一个专门的宪法委员会，明确赋予其宪法解释权，规定由其专门行使违宪审查职能；其他国家机关如反垄断法执行机关如认为某一法律文件违宪，应提交宪法委员会审查；法院在处理案件适用法律时，如果认为某一法律文件与宪法相抵触，可由最高人民法院提请宪法委员会对该法律文件进行违宪审查；认为某一法律文件侵犯其宪法权利的公民，可向宪法委员会提出撤销违宪法律文件的请求。

毫无疑问，此方案是有缺陷的，其最大的缺陷在于宪法委员会难以对全国人大及其常委会制定的法律文件进行违宪审查。但这种方案也有很多优点：第一，该方案在很大程度上解决了现行违宪审查制中存在的审查主体模糊、宪法解释权与法律适用权相分离、宪法监督启动机制缺失等弊端；第二，该方案虽然不能对全国人大及其常委会制定的法律文件进行审查，但可对除此以外的所有法律文件进行违宪审查，而后者正是当前应进行违宪审查的重点；第三，该方案符合改革开放以来我国政治经济体制改革所遵循的渐进式改革风格。

主要参考文献

（按论文引用先后顺序排列）

著作

1. 张可云:《区域大战与区域经济关系》,北京:民主与建设出版社 2001 年版。

2. 〔美〕博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社 1999 年版。

3. 胡汝银:《竞争与垄断:社会主义微观经济分析》,上海:三联书店 1988 年版。

4. 文海兴,王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵阳:贵州人民出版社 1995 年版。

5. 种明钊主编:《竞争法》,北京:法律出版社 1997 年版。

6. 杨紫烜主编:《经济法》,北京:北京大学出版社,高等教育出版社 1999 年版。

7. 李昌麒主编:《经济法学》,北京:中国政法大学出版社 1999 年版。

8. 石少侠主编:《经济法概论》,北京:法律出版社 1999 年版。

9. 漆多俊:《经济法基础理论》(第三版),武汉:武汉大学出版社 2000 年版。

10. 曹士兵:《反垄断法研究》,北京:法律出版社 1996 年版。

11. 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,长春:吉林大学出版社 1998 年版。

12. 刘剑文,崔正军主编:《竞争法要论》,武汉:武汉大学出版社 1996 年版。

13. 潘静成,刘文华主编:《经济法》,北京:中国人民大学出版社

1999年版。

14. 沈宗灵主编:《法理学》,北京:高等教育出版社1994年版。

15. 〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社2000年版。

16. 孔祥俊:《反垄断法原理》,北京:中国法制出版社2001年版。

17. 〔美〕哈罗德·德姆塞茨:《竞争的经济、法律和政治制度》,陈郁译,上海:三联书店1992年版。

18. 陈秀山:《现代竞争理论与竞争政策》,北京:商务印书馆1997年版。

19. 吴汉洪:《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》,北京:经济科学出版社1998年版。

20. 〔美〕萨缪尔森:《经济学》(第十四版),胡代光等译,北京:北京经济学院出版社1996年版。

21. 戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,北京:经济科学出版社1999年版。

22. 国家工商行政管理局条法司:《现代竞争理论与实践》,北京:法律出版社1993年版。

23. 陈有西:《反不正当竞争法律适用概论》,北京:人民法院出版社1994年版。

24. 王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,北京:法律出版社1998年版。

25. 〔日〕丹宗昭信,厚谷襄儿:《现代经济法入门》,谢次昌译,北京:群众出版社1985年版。

26. 沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,北京:法律出版社2001年版。

27. 〔美〕约瑟夫·熊彼特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,北京:商务印书馆1999年版。

28. 〔英〕哈特:《法律的概念》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社1996年版。

29. 宋涛,陈耀庭主编:《论国家垄断资本主义》,合肥:安徽人民

出版社 1992 年版。

30. 郭庠林:《中国封建社会经济研究》,上海:上海财经大学出版社 1998 年版。

31. 刘建民:《商业行规及其疑点、热点、重点、难点》,上海:立信会计出版社 1999 年版。

32. 孔祥俊,张步洪主编:《反不正当竞争法例解与适用》,北京:人民法院出版社 1998 年版。

33. 吴炯:《反不正当竞争法答问》,北京:中国经济出版社 1994 年版。

34. 魏杰:《市场经济前沿问题——现代经济运行方式》,北京:中国发展出版社 2001 年版。

35. 胡建淼:《行政违法问题探究》,北京:法律出版社 2000 年版。

36. 孔祥俊:《公平交易执法前沿问题研究》,北京:工商出版社 1998 年版。

37. 罗豪才主编:《行政法学》(修订本),北京:中国政法大学出版社 1999 年版。

38. 甘文:《行政诉讼法司法解释之评论:理由、观点与问题》,北京:中国法制出版社 2000 年版。

39. 周佑勇:《行政不作为判解》,武汉:武汉大学出版社 2000 年版。

40. 李道揆:《美国政府和美国政治》,北京:中国社会科学出版社 1990 年版。

41. 〔美〕曼库尔·奥尔森:《国家兴衰探源》,北京:商务印书馆 1999 年版。

42. 贾康,阎坤:《中国财政:转轨与变革》,上海:上海远东出版社 2000 年版。

43. 〔美〕曼库尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海:三联书店,上海人民出版社 1995 年版。

44. 赵英:《中国产业政策实证分析》,北京:社会科学文献出版社 2000 年版。

45. 理查德·M.伯德,罗伯特·D.埃贝尔,克里斯蒂·I.沃利克:《社会主义国家的分权化:转轨经济的政府间财政转移支付》,“中国财税进一步改革”课题组成员译,北京:中国编译出版社 2001 年版。

46. 姚海鑫:《经济政策的博弈论分析》,北京:经济管理出版社 2001 年。

47. 〔美〕波斯纳:《法理学问题》,苏力译,北京:中国政法大学出版社 1994 年版。

48. 〔美〕加里·S.贝克尔:《人类行为的经济分析》,上海:三联书店 1993 年版。

49. 关保英:《行政法的价值定位》,北京:中国政法大学出版社 1997 年版。

50. 杨解君:《行政违法论纲》,南京:东南大学出版社 1999 年版。

51. 李步云:《走向法治》,长沙:湖南人民出版社 1998 年版。

52. 〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆 1980 年版。

53. 〔德〕路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康,穆家骥合译,北京:商务印书馆 1983 年版。

54. 汪丁丁:《走向边缘——经济学家的人文意识》,上海:三联书店 2000 年版。

55. 里斯本小组:《竞争的极限》,张世鹏译,北京:中央编译出版社,2000 年版。

56. 白树强:《全球竞争论》,北京:中国社会科学出版社 2000 年版。

57. 〔美〕米尔顿·弗里德曼:《资本主义与自由》,张瑞玉译,北京:商务印书馆 1999 年版。

58. 刘军宁等编:《市场经济与国家观念》,上海:三联书店 1995 年版。

59. 〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上下册),邓正来译,上海:三联书店 1997 年版。

60. 刘军宁等编:《经济民主与经济自由》,上海:三联书店 1997 年版。

61. 刘军宁等编:《自由主义与当代世界》,上海:三联书店 2000 年版。

62. 卓泽渊:《法的价值论》,北京:法律出版社 1999 年版。

63. 〔奥〕路德维希·冯·米瑟斯:《自由与繁荣的国度》,韩光明等译,北京:中国社会科学出版社 1994 年版。

64. 〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一、二、三卷),邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社 2000 年版。

65. 〔美〕詹姆斯·安修:《美国宪法解释与判例》,黎建飞译,北京:中国政法大学出版社 1994 年。

66. 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),北京:中国政法大学出版社 2001 年版。

67. 〔美〕波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社 1997 版。

68. 吴敬琏,刘吉瑞:《论竞争性市场体制》,北京:中国财政经济出版社 1991 年版。

69. 〔美〕戈登·塔洛克:《对寻租活动的经济学分析》,李政军译,成都:西南财经大学出版社。

70. 张泽荣主编:《20 世纪的经济学发现》,北京:经济科学出版社 2000 年版。

71. 季晓南主编:《中国反垄断法研究》,北京:人民法院出版社 2001 年版。

72. 张守文,于雷:《市场经济与新经济法》,北京:北京大学出版社 1993 年版。

73. 〔美〕罗斯·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵,董世忠译,北京:商务印书馆 1984 年版。

74. 马洪主编:《什么是社会主义市场经济》,北京:中国发展出版社 1993 年版。

75. 刘海年等主编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,北京:中国法制出版社 1996 年版。

76. 刘德标；薛淑兰：《世界贸易组织及多边贸易规则》，北京：中国方正出版社 1999 年版。

77. 伯纳德·霍克曼，迈克尔·考斯泰基：《世界贸易体制的政治经济学》，北京：法律出版社 1999 年版。

78. 《各国反垄断法汇编》编选组：《各国反垄断法汇编》，北京：人民法院出版社 2001 年版。

79. 王晓晔：《企业合并中的反垄断问题》，北京：法律出版社 1996 年版。

80. 阮方明：《欧盟竞争法》，北京：中国政法大学出版社 1998 年版。

81. 王晓晔：《竞争法研究》，北京：中国法制出版社 1999 年版。

82. 孔祥俊：《中国现行反垄断法理解与适用》，北京：人民法院出版社 2001 年版。

83. 〔美〕弗里德曼：《法律制度》，李琼英，林欣译，北京：中国政法大学出版社 1994 年版。

84. 吴世宦：《法治系统工程学》，长沙：湖南人民出版社 1988 年版。

85. 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，成都：四川人民出版社 1995 年版。

86. (古罗马)西塞罗：《论共和国 论法律》，王焕生译，北京：中国政法大学出版社 1997 年版。

87. 李龙主编：《西方法学名著提要》，南昌：江西人民出版社 1999 年版。

88. 〔英〕M. J. C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，上海：三联书店 1997 年版。

89. 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》(上下册)，北京：商务印书馆 1982 年版。

90. 朱福惠：《宪法至上：法治之本》，北京：法律出版社 2000 年版。

91. 〔英〕威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版。

92. 孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,济南:山东人民出版社 1999 年版。

93. 王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社 1995 年版。

94. 〔美〕斯蒂格利茨:《政府为什么干预经济》,北京:中国物资出版社 1998 年版。

95. 杨紫烜主编:《经济法研究》第 1 卷,北京:北京大学出版社 2000 年版。

96. 吕忠梅等:《规范政府之法——政府经济行为的法律规范》,北京:法律出版社 2001 年版。

97. 〔美〕R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章,周汉华译,南京:译林出版社 2001 年版。

98. 汪太贤,艾明:《法治的理念与方略》,北京:中国检察出版社 2001 年版。

99. 朱光磊:《当代中国社会各阶层分析》,天津:天津人民出版社 1998 年版。

100. 苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社 1996 年版。

101. 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,北京:中国政法大学出版社 1999 年版。

102. 谢庆奎等:《中国地方政府体制概论》,北京:中国广播电视出版社 1998 年版。

103. 赵震江主编:《法律社会学》,北京:北京大学出版社 1998 年版。

104. 张静:《法团主义》,北京:中国社会科学出版社 1998 年版。

105. 〔美〕诺内特,塞尔尼兹克:《转变中的法律与社会》,北京:中国政法大学出版社 1994 年版。

106. 史际春,邓峰:《经济法总论》,北京:法律出版社 1998 年版。

107. 王连昌主编:《行政法学》,北京:中国政法大学出版社 1994 年版。

108. 何秉松:《法人犯罪与刑事责任》,北京:中国法制出版社

2000年版。

109. 黎宏:《单位刑事责任论》,北京:清华大学出版社2001年版。

110. 〔美〕迈克尔.D.贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,北京:中国大百科全书出版社1996年版。

111. 陈兴良主编:《经济刑法学(总论)》,北京:中国社会科学出版社1990年版。

112. 王万华:《行政程序法研究》,北京:中国法制出版社2000年版。

113. 林尚立:《国内政府间关系》,杭州:浙江人民出版社1998年版。

114. 张庆福主编:《宪法学基本理论》,北京:社会科学文献出版社1994年版。

论文

1. 王保树:《企业联合与制止垄断》,载《法学研究》1990年第1期。

2. 梁慧星:《中国反垄断立法的构想》,载《法学与实践》1991年第6期。

3. 张淑芳:《行政垄断的成因分析及法律对策》,载《法学研究》1999年第4期。

4. 王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,载《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

5. 史际春:《遵从竞争的客观要求——中国反垄断法概念和对象两个基本问题》,载《国际贸易》1998年第4期。

6. 魏剑:《试论我国的反垄断立法》,载《中外法学》1989年第3期。

7. 漆多俊:《中国反垄断立法问题研究》,载《法学评论》1997年第4期。

8. 王旸:《论反垄断法一般理论及基本制度》,载《中国法学》1997年第2期。

9. 李芹叶:《反垄断法能否调整行政性垄断》,载《法学与实践》1995年第3期。

10. 邓保同:《论行政性垄断》,载《法学评论》1998年第4期。

11. 黄欣,周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,载《中国法学》2001年第3期。

12. 孙学玉:《走出困惑:关于行政概念的再思与再认》,载《江苏社会科学》1999年第6期。

13. 金朝武:《对"垄断"法律概念的反思》,载《广州大学学报》1998年第4期。

14. 卢修敏,王家田:《垄断、限制竞争行为、不正当竞争行为的区分及其对立法的意义》,载《中外法学》1995年第4期。

15. 王晓晔:《社会主义市场经济条件下的反垄断法》,载《中国社会科学》1996年第1期。

16. 宋则:《中国垄断现象的特殊性及特殊对策》,载《财贸经济》1999年第2期。

17. 张帆:《对自然垄断的管制》,载汤敏,茅于轼:《现代经济学前沿专题》(第二集),商务印书馆1993年版,第23页。

18. 张维迎,盛洪:《从电信业看中国的反垄断问题》,载《改革》1998年第2期。

19. 梁上上:《论行业协会的反竞争行为》,载《法学研究》1998年第4期。

20. 胡薇薇:《我国制定反垄断法势在必行》,载《法学》1995年第3期。

21. 国家计委宏观经济研究院课题组:《打破地方市场分割对策研究》,载《经济研究参考》2001年第27期。

22. 〔美〕尼古拉斯·拉迪:《中国价格改革迟滞与地方保护主义造成的"寻租社会"》,载《经济社会体制比较》1989年第2期。

23. 郝春和:《财政转移支付制度与区域发展政策》,载《财经理论与实践》1997年第5期。

24. 李昕:《行政垄断行为性质浅析》,载《经济与法》1999年第11期。

25. 蔡全胜:《行政垄断的法理分析与规制》,载《中国行政管理》2002 年第 1 期。

26. 胡鞍钢,过勇:《从垄断市场到竞争市场:深刻的社会变革》,载《改革》2002 年第 1 期。

27. 杨兰品:《中国转型时期垄断问题研究》,载《经济评论》1999 年第 4 期。

28. 欧阳明程:《整体利益——市场经济条件下的主导价值取向》,载《法商研究》1997 年第 1 期。

29. 薛克鹏:《行政垄断不应由〈反垄断法〉调整》,载《山西师大学报》(社科版)2001 年第 2 期。

30. 王家福:《加快中国反垄断立法的进程》,载季晓南编:《中国反垄断法研究》,北京:人民法院出版社 2001 年版。

31. 杨瑞龙:《论我国制度变迁方式与制度选择目标的冲突及其协调》,载《经济研究》1994 年第 5 期。

32. 〔美〕诺思:《论制度》,载《经济社会体制比较》1996 年第 6 期。

33. 〔德〕Mestmaecker:《德国与欧共体经济法中的国有企业》,载王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,北京:法律出版社 1998 年版。

34. 王晓晔:《欧共体竞争法中的国有企业》,载《外国法译评》1999 年第 3 期。

35. 程建英:《欧洲经济共同体竞争法对国营企业的特殊规定》,载《外国法译评》1993 年第 2 期。

36. 王学政:《中国反垄断立法需要深入讨论的几个问题》,载季晓南编:《中国反垄断法研究》,北京:人民法院出版社 2001 年版。

37. 杨解君:《当代中国行政法(学)的两大主题》,载《中国法学》,1997 年第 5 期。

38. 李昌麒:《论市场经济、政府干预和经济法之间的内在联系》,载杨紫烜主编:《经济法研究》第 1 卷,北京:北京大学出版社 2000 年版。

39. 汪太贤:《论中国法治的人文基础重构》,载《中国法学》2001 年第 4 期。

40. 李昌麒,鲁篱:《中国经济法现代化的若干思考》,载《法学研究》1999年第3期。

41. 胡光志:《行政垄断及其法律规制机理的再认识》,载《云南法学》2002年第1期。

42. 王家福:《建立反垄断法是市场经济本能的要求》,载王晓晔篇:《反垄断法与市场经济》,法律出版社1998年版。

43. 史际春:《反行政垄断要确立平等观》,载《法制日报》,2001年9月16日,第3版。

44. 王先林:《关于中国反垄断执法机构的设置与职责问题的探讨》,载《中国行政管理》2000年第8期。

45. 邱本:《我国反垄法执行机关的设想》,载《法学杂志》1999年第1期。

46. 沈悦志:《反行政性垄断探析》,载《宁夏社会科学》1998年第3期。

47. 王晓晔:《依法规范行政性限制竞争行为》,载《法学研究》1998年第3期。

48. 曹海晶,张晓梅:《行政垄断赔偿责任初探》,载《华中师范大学学报》1997年6月。

49. 丁宁宁:《反垄断:消费者的参与权最重要》,载《改革内参》2001年第13期。

50. 曾国祥,龚浑文:《论税收四原则》,载《财贸经济》1999年第12期。

51. 王景琦:《论民事行政公诉的范围》,载《法制日报》,2001年2月11日。

52. 王克稳:《我国违宪审查制度建立的主要法律障碍》,载《现代法学》2000年第4期。

53. 程湘清:《关于宪法监督的几个争议的问题》,载《法学研究》1992年第4期。

54. 王磊:《试论我国的宪法解释机构》,《中国法学》1993年第6期。

55. 包万超:《设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复

合审查制》,载《法学》1998年第4期。

56. 费善诚:《试论我国违宪审查制度的模式选择》,载《政法论坛》1999年第2期。

57. 杜登彬:《打破行政垄断出路在哪里》,载《中国经济时报》,2001年1月5日。

外文资料

1. Mark Williams. Competition Law Developments in China. [2001] J. B. L., May Issue; Sweet & Maxwell And Contributors.

2. Andrei. B. KASHEVAROV and Andrei. G. TSYGANOV, Summary of the most important recent developments in Russian Competition Legislation. http://europa. eu. int. comn/competition.

3. Annual Reports on Competition Law and Policy in OECD countries. http//www1. oecd. org/daf/clp/annrep. htm.

4. William Otis Morris, Revocation of Professional Licenses by Governmental Agencises. the Michie Company, 1984.

5. Ernest. Gellhorn and William. E. Kovacic. Antitrust Law and Economics in a Nutshell, fourth edition by West Publishing Co. 1994.

6. Kenneth W. Clarkson, Roger Leroy Miller, Gaylord A. Jentz, Frank B. Cross: West's Business Law, seventh edition. by West Educational Publishing Company, an International Thomson Publishing Company. 1998.

后　　记

本书是在我的同名博士论文的基础上修改而成的。在本书出版之际，我首先要感谢我的导师种明钊教授。在攻读博士学位的三年里，种导师不仅在指导我的学位论文方面倾注了大量心血，在科研方面给了我莫大的指导和帮助，而且在生活方面也给了我父亲般的关怀。更重要的是，种老师以其严谨的治学态度，严于律己、宽以待人的胸怀为学生将来的治学与为人树立了光辉典范。浩荡师恩，学生没齿难忘。

其次，我要感谢给本书的写作提供过各种建议与帮助的专家学者，他们是：

西南政法大学李昌麒教授

西南政法大学赵学清教授

西南政法大学杨树明教授

西南政法大学许明月教授

西南政法大学邓瑞平教授

中国社会科学院法学研究所王晓晔研究员

北京大学盛杰民教授

中国人民大学法学院刘文华教授

湖南大学法学院王全兴教授

华中科技大学法学院郑友德教授

华中科技大学法学院管斌博士

国家对外经济贸易合作部条法司纪晓岚先生

最后，我要感谢湖南大学法学院的领导，感谢他们在我攻读学位期间给予了我各式各样的关怀和帮助。

我的妻子郑琼英女士，像中国绝大部分女性一样，为了丈夫的前

程，默默地承担起了现代家庭中应该由丈夫去做的工作。欠她的情太多，本书的出版，权当做丈夫的对她的微薄回报。

郑鹏程

2002年8月于湖南大学